



Универзитет у Нишу

Правни факултет



Вања В. Серјевић

**ПРАВНА ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ
У МЕЂУНАРОДНОЈ ТРГОВИНИ**

- докторска дисертација -

Ниш, 2014



University of Nis

Law Faculty



Vanja V. Serjevic

**LEGAL PROTECTION OF COMPETITION
IN INTERNATIONAL TRADE**

- dissertation -

Nis, 2014

МЕНТОР:

Др Александар Ћирић, редовни професор Правног факултета у Нишу,
Универзитет у Нишу.

ЧЛАНОВИ КОМИСИЈЕ:

Др Витомир Поповић, председник Комисије, академик, редовни професор
Правног факултета у Бања Луци, Универзитет у Бања Луци;

Др Александар Ћирић, члан, редовни професор Правног факултета у
Нишу, Универзитет у Нишу;

Др Милена Јовановић Zattila, члан, редовни професор Правног факултета у
Нишу, Универзитет у Нишу;

Др Предраг Цветковић, члан, ванредни професор Правног факултета у
Нишу, Универзитет у Нишу;

Др Видоје Спасић, члан, ванредни професор Правног факултета у Нишу,
Универзитет у Нишу.

ДАТУМ ОДБРАНЕ:

12. септембар 2014. год.

ПРАВНА ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У МЕЂУНАРОДНОЈ ТРГОВИНИ

РЕЗИМЕ

Глобализација светског тржишта, праћена интеграцијом држава различитог степена развоја у јединствени трговинско-правни режим Светске трговинске организације, представља значајан изазов за државе у развоју, а пре свега, за државе у процесу транзиције, међу којима је и Република Србија.

Опредељењем за политику приватизације друштвене и државне својине, као и за политику укидања и значајног умањења царинских и нецаринских мера заштите домаће привреде – на путу ка чланству у Светску трговинску организацију и Европску унију – наша држава је преузела и обавезу да свој правни систем прилагоди институционалним и правним тековинама савремене међународне трговине.

Право конкуренције, заједно са трговинским правом, као и правом у области страних инвестиционих улагања и заштите интелектуалне својине, заузима централно место у области транзиционе реформе привредно-правног система Србије. Посматрано у контексту међународне трговине, циљ права конкуренције је спречавање рестриктивних облика пословања привредних субјеката (учесника на тржишту) који у значајној мери спречавају, ограничавају и нарушавају слободну тржишну утакмицу на међународном тржишту, што доводи до поништавања или значајног умањења тековина либерализације. Такви пословни акти и радње – попут картела, злоупотребе монопола и интеграције привредних субјеката са намером стицања монопола – имају сличан тржишни ефекат као и државне мере заштите царинским и нецаринским инструментима.

Међународни аспект права конкуренције није довољно истражен у домаћој правној литератури, што је аутору био подстицајни мотив за избор теме дисертације. Предмет дисертације је правна заштита конкуренције у међународној трговини. Циљ дисертације је да укаже на појавне облике повреде конкуренције привредних субјеката на међународном тржишту, као и на основне институционалне и процесне механизме њиховог спречавања и санкционисања – како на националном, тако и на међународном нивоу. Значај истраживачке теме огледа се у њеној актуелности и потенцијалном доприносу у процесу стварања и примене правног оквира који ће омогућити заштиту и унапређење конкурентности привреде Републике Србије на међународном тржишту. Посебан допринос дисертације је у компаративном приказу права конкуренције Србије у односу на право Словеније, Немачке и Европске уније, као и у предложеним мерама нормативног и ефективног унапређења политике заштите конкуренције у Србији, уз уважавање посебних интереса малих и средњих привредних субјеката и пољопривредних произвођача.

У истраживању и изради дисертације примењени су следећи методи научног истраживања: дедуктивни и аналитички (прикупљањем, упоредним сагледавањем и анализом непосредне и посредне документарне грађе), историјско-дескриптивни

(уочавањем узрока и еволутивних подстицаја у развоју права конкуренције); синтетички (сагледавањем појавних облика повреде конкуренције и инструмената заштите); аналитичко-синтетско-дијалектички (у циљу уочавања идентитета и њиховог узајамног динамичког тј. узрочно-каузалног односа); индуктивни (увидом у најбољу праксу заштите конкуренције у развијеним државама). Тако добијена сазнања допуњена су применом експликативно-каузалне и стваралачке синтезе, компаративне и емпиријско-експликативне анализе, као и предиктивне индукције, у циљу аргументоване потврде следећих привремених поставки истраживања (хипотеза): 1) да је право конкуренције неопходан услов напретка друштвеног система, заснованог на принципима либералне демократије и тржишне економије; 2) да је ефективна заштита међународне конкуренције битан елемент процеса остваривања услова за пријем у Светску трговинску организацију и Европску унију; 3) да либерализација међународне трговине и ефективна заштита међународне конкуренције представљају комплементарне аспекте глобалне међународне привреде; 4) да постоји потреба остваривања специјалног (повлашћеног) режима држава у развоју и транзицији у правним оквирима регулисања спољнотрговинских односа и заштите међународне конкуренције; 5) да постоји нужност хармонизације права конкуренције; и 6) да постоји потреба стварања наднационалног правног система заштите међународне конкуренције.

Дисертација има следећу структуру:

Уводни део има за предмет приказ основних појмова и дефиниција права заштите конкуренције, као и основних теорија о конкуренцији и историјског развоја права конкуренције.

Први део, под називом: „*Заштита конкуренције у националним правним системима*“, садржи приказ националних правних система заштите конкуренције, и то: Сједињених Америчких Држава, Велике Британије, Немачке и Словеније. Циљ је упоредно сагледавање стања и потенцијала права конкуренције Србије у процесу хармонизације.

Други део, под називом: „*Заштита конкуренције у међународној трговини*“, односи се на основни предмет истраживања, а то је заштита конкуренције у оквиру међународних правних извора, и то: Светске трговинске организације, Европске уније, регионалних трговинских споразума, УН Модел закона о заштити конкуренције (2010), необавезујућих правних аката Организације за економску сарадњу и развој; билатералних и других основа сарадње између држава у заштити конкуренције. У овом делу рада сагледан је и проблем хармонизације права конкуренције на глобалном нивоу, као и питање међународне сарадње између националних институција за заштиту конкуренције.

Трећи део, под називом: „*Заштита конкуренције у праву Србије*“, садржи упоредну и критичку анализу права конкуренције у Србији у односу на право Европске уније, Немачке и Словеније.

Закључак је последњи део дисертације који садржи афирмативне ставове аутора у односу на напред означене хипотезе истраживања.

У раду је потврђена теза да је ефективна заштита конкуренције на националном тржишту, као и заштита конкуренције између домаћих и страних привредних субјеката (било на националном или на регионалном и светском тржишту) – неопходан услов за пријем у Светску трговинску организацију (СТО), али и за оптимално остваривање свих погодности које произилазе из тог чланства. Ова теза потврђена је анализом темељних принципа недискриминације у систему међународне трговине (принципа најповлашћеније нације и националног третмана), као и анализом конкретних одредби

СТО споразума којима се забрањује ограничавање конкуренције у међународној трговини.

Ефективна примена права конкуренције представља, такође, услов за пријем у Европску унију, што је у раду посебно потврђено на примеру Србије, указивањем на чињеницу да је право заштите конкуренције нова правна дисциплина у поретку Републике Србије, како у теоријском, тако и у позитивно-правном и практичном смислу; његово увођење у правни систем Србије представља резултат политичке потребе усаглашавања са европским правом, у складу са преузетим обавезама из Споразума о стабилизацији и придруживању.

У раду је указано на основне аспекте међузависности између права конкуренције и права спољне трговине. Савремени спољнотрговински режим у оквиру правних правила Светске трговинске организације омогућава приступ иностраним тржиштима, што доводи и до појаве међународне конкуренције. С друге стране, значајно ограничење сувереног капацитета држава чланица у примени мера заштите домаће привреде, као и дефицит институционалног капацитета за ефективну примену права конкуренције – стварају опасност од прекомерног утицаја и моћи мултинационалних компанија у неразвијеним земљама и земљама у развоју. Овај аспект међународних привредних односа сагледан је у другом и трећем делу рада, уз оквирне предлоге о пожељним правцима примене права конкуренције у Србији.

Потврђена је, такође, теза да државе у транзицији и државе у развоју треба да примене сопствени концепт права конкуренције који одговара њиховим потребама развоја индустријске и технолошке основе, повећања продуктивности производње и достизање стандарда међународне конкурентности домаће привреде. На то је утицала и спознаја да су ефекти специјалног и преференцијалног третмана више него незадовољавајући, па чак и неповољни за државе у развоју и неразвијене. Право заштите конкуренције има значајан капацитет стратешког усмеравања развоја домаће привреде, у циљу повећања њене продуктивности и јачања конкурентности нације на светском тржишту. У том смислу, у трећем делу рада је указано на основне недостатке правног режима заштите конкуренције у Републици Србији и дате су препоруке за њихово превазилажење. Позитивни примери су препознати у праву конкуренције развијених држава, посебно Немачке. У складу са њима, аутор у раду истиче потребу за *a priori* изузимање од примене права конкуренције одређених врста учесника на тржишту, и то: малих и средњих привредних субјеката, као и пољопривредних произвођача (и њихових удружења – задруга и задружних савеза). Поред тога, указано је на потребу активнијег и опрезнијег приступа у анализи ефеката страних концентрација на домаћем тржишту, имајући у виду низак степен развоја и продуктивности српске привреде, неконкурентност домаћих производа, као и увозну зависност привреде у целини.

Најзад, потврђена је теза о нужности ограничене хармонизације права конкуренције на наднационалном нивоу, а на основу аналитичког приказа досадашњих еволутивних модела решавања проблема прекограничних ефеката аката и радњи повреде конкуренције. На почетку тог еволутивног тока ка потпуној или делимичној хармонизацији права конкуренције – налази се једнострана тј. екстратериторијална примена националног права конкуренције у циљу спречавања или отклањања ефеката аката и радњи привредних субјеката, предузетих у иностранству. Заснована на америчкој доктрини ефеката, оваква пракса проширења територијалне надлежности домаћих судова у примени права често је доводила до политичких сукоба и дипломатских тензија. И поред тога, екстратериторијална примена права конкуренције представља и даље нужност, у одсуству мултилатералних извора права конкуренције.

Последњих деценија је, међутим, значајно унапређена институционалном сарадњом између националних органа за заштиту конкуренције.

Анализом усклађености српског права конкуренције са правом ЕУ, потврђена је теза да нема захтева за пуном хармонизацијом права конкуренције ни у оквиру односа између комунитарног права и права конкуренције појединачних држава чланица. Аргументовано је исказан став да принцип „*мање од пуне хармонизације*“ није искоришћен приликом доношења српског Закона о заштити конкуренције, чиме је пропуштена прилика да се законске одредбе одреде на начин који доприноси развоју конкурентности нације, заштитом посебно осетљивих привредних сектора и учесника на тржишту.

Кључне речи: конкуренција, међународни, трговина, картели, монопол, олигопол, концентрација, хармонизација.

Научна област: правне науке

Ужа научна област: монополи у међународној трговини

UDK: 339.524

LEGAL PROTECTION OF COMPETITION IN INTERNATIONAL TRADE

S U M M A R Y

Globalization of the world's economies, accompanied by the integration of states of different development level under the World Trade Organization's legal auspices – presents important challenge for developing states, as well as for transition states, with Serbia as one of them.

Opting for the policy of privatization of socially-owned and state property, as well as for the policy of trade liberalization by removing and substantial lessening of tariff and non-tariff protectionist measures – on the road to its membership of the WTO and EU – Serbia has also bound itself to approximate its legal system to institutional and legal postulates of contemporary international trade.

Competition law (antitrust), along with the trade law, as well as the foreign investments law and IP law – take the central role in the transitional reform of the Serbian economic and legal system. Internationally, the aim of competition law is to prevent business practices which substantially restrict or distort the process of free inter-state trade, thereby annulling or minimizing the results of liberalization. Those business practices – such as cartels, abuse of monopoly and mergers which create or intend to create market monopoly/oligopoly – have detrimental effects similar to those of the state tariff and non-tariff protectionist measures.

International aspect of competition law has not yet been thoroughly investigated in domestic legal literature, and this point played an instigative role in the choice of the thesis. The thesis' object is to bring to attention various forms of competitive harm in international trade, as well as the main institutional and procedural mechanisms of its prevention and penalization – on the national and the international level. The importance of the research lies in its actuality and potential contribution to establishing and enforcing legal framework able to institute and promote Serbian national competitiveness in the global trade.

Distinct contribution of dissertation is in its comparative analysis of Serbian competition law in respect to the laws of Slovenia, Germany and European Union, as well as in the suggested measures for normative and effective competition policy promotion in Serbia, with due respect for the special treatment of small-and-medium sized enterprises and agricultural sector.

The author has used multiple methods of scientific research: deductive and analytical (in gathering, comparing and analysing the original and derivative documentation), historical-descriptive (by assessing the causes and evolutionary incentives in the development of competition law); synthesis (recognizing the manifested types of competitive harm and instruments for protection); analytical-synthetic-dialectic (in order to recognize the identities and their inter-dynamic i.e. causal relation); inductive (taking the thorough insight of the best practices in competition law enforcement of the developed states). The knowledge accumulated using those methods was further supplemented with the use of the explicatory-

causal and creative synthesis, comparative and empirical-explicatory analysis, as well as predictive induction – in order to assert the following presupposed research hypotheses: 1) that the competition law is the necessary precondition for the development of social systems founded on the principles and ideology of liberal democracy and market economy; 2) that the effective protection of international competition is an essential element of the accession to WTO and EU membership; 3) that the liberalization of international trade and effective protection of international competition are complementary aspects of the global economy; 4) that there is the need for transitional and developing states to assume special trade and competition policy which suits their development strategies; 5) that there is necessity for the competition law harmonization; and 6) that the supra-national legal mechanism should be established in order to effectively protect international competition.

The structure of the dissertation is as follows:

The Introductory part deals with concepts and definitions of competition and competition law, as well as with the main economic theories of competition and competition law evolution.

The First Part, under the heading: '*Protection of Competition in the National Law*', contains overview of the national competition legal systems in the United States of America, Great Britain, Germany and Slovenia. The aim is to compare those laws with the law in Serbia in order to make conclusions on its current state and its potentials in the process of harmonization.

The Second Part, under the heading: '*Protection of Competition in International Trade*', deals with the main theme of the research, which is the protection of competition in international trade, as prescribed by the international legal and soft-law instruments, such as: the law of the World Trade Organization, European Union's law, regional trade agreements, UN Model Law on Competition (2010), recommendations and other soft-law instruments of the Organization for Economic Co-operation and Development, bilateral agreements and other instruments of the inter-state co-operation in competition law cases. This part of dissertation explains the issues and challenges of the antitrust harmonization process on the global level, as well as the issue of the international co-operation between national competition authorities.

The Third Part, under the heading: '*Legal Protection of Competition in Serbia*', contains comparative and critical analysis of Serbian competition law in relation to the laws of the European Union, Germany and Slovenia.

The Conclusion is the last part of dissertation and contains the author's affirmative statements of the presupposed research hypotheses.

The dissertation confirms the thesis that the effective protection of competition on the national market, along with the effective protection of competition between national and foreign business entities (either on the national or on the regional/world market) – is one of the requirements for the state's accession to the WTO membership and for the optimal realization of the benefits of such membership. This statement has been affirmed in the analysis of the founding non-discrimination principles of international trade (i.e. the most-favoured-nation principle and the national treatment principle), as well as by analysing particular provisions of WTO agreements which proscribe restriction of competition in international trade.

Effective enforcement of the competition law is also one of the EU membership requirements, which has been particularly confirmed in relation to Serbia, noting that the competition law is the new legal discipline in Serbian system, in theory, as well as normatively and practically; its imposition in the legal system of Serbia is the result of political and normative duty to harmonize domestic law with the European law, in line with the obligations assumed by the Agreement on Stabilization and Accession.

The dissertation presents the main aspects of the interaction between competition law and trade law. Contemporary international trade system under the legal auspices of the World Trade Organization makes foreign markets more accessible to business entities, which promotes international competition. On the other side, it significantly restricts sovereign capacities of member states to adopt measures that are protective to its domestic industry, which – together with institutional under-capacity for effective enforcement of competition law – makes undeveloped and developing states susceptible to undue influence and power of the multinational companies. This aspect of the international trade relations is presented in the second and third part of the thesis, together with the author's suggestions for meaningful competition law enforcement.

It has also been assumed and confirmed in the thesis that the transition and developing states should adopt specific concept of competition policy and law, which allow them to strategically plan industrial and technological development, support productivity growth and improve national competitive standing on the international market. That statement has been influenced by the notion (which has been empirically proved by other authors) that the past decades' effects of the 'special and differentiated treatment' have been more than unsatisfactory, even detrimental to undeveloped and developing states. Competition law has significant strategic capacity in regard to national economies' development. That issue is brought to attention in the third part of dissertation, pointing to the insufficiencies of Serbian competition law and suggesting paths to their surmounting. Positive examples are recognized in competition laws of developed states, with Germany law solutions as upstanding. In line with those, the author proposes *a priori* exemption of certain persons and entities/sectors from the realm of competition law, such as, particularly, small-and-medium-sized business entities as well as the agricultural sector, esp. farmers and their associations (co-operatives and co-operative alliances). Further on, the author has made an assertion towards more active and cautious approach in the foreign concentrations' (mergers/acquisitions) analysis of their economic effects on domestic market – taking into account the low level of development and under-productivity of Serbian economy, undeveloped competitiveness of domestic products, as well as the overall import-dependency of our economy.

Lastly, the thesis has confirmed the necessity for the partial harmonization of competition law on the supra-national level – on the basis of the analytical review of the problems arising out of the cross-border effects of restrictive business acts. The starting line on that evolutionary path towards the all-round or partial harmonization – is featured by the extraterritorial application of domestic competition law in order to prevent restrictive effects on domestic territory of business practices taken abroad. Founded on the American 'effects doctrine', this practice of extending the territorial jurisdiction beyond the state's boundaries has frequently led to inter-state political clashes and diplomatic tensions. Notwithstanding, the extraterritorial enforcement of competition law has resumed its importance, in lieu of the multilateral agreement on competition law. It has been, though, in the last decades, substantially improved by the institutional co-operation between national competition authorities.

Analysing the level of approximation of the Serbian competition law to the European law, the author has concluded that there is no obligation for a full harmonization of competition law not even along the lines of relation between community competition law and member-states' competition law. It has been asserted by the author that the principle 'less-than-full-harmonization' had not been utilized to our own benefit in the enactment process of the Serbian Act on Protection of Competition – missing out on the opportunity to accustom the legal norms to strategic development of national competitiveness and protection of the vulnerable economy sectors and susceptible entities/persons.

Key words: competition, international, trade, cartels, monopoly, oligopoly, concentration, harmonization.

Field of science: legal sciences

Narrow science field: monopolies in international trade

UDK: 339.524

САДРЖАЈ

УВОД

I. ПРЕДМЕТ И МЕТОД НАУЧНОГ ИСТРАЖИВАЊА. ЦИЉ ИСТРАЖИВАЊА И ПЛАН РАДА

1. Предмет и метод научног истраживања		2
1.1. Предмет научног истраживања	2	
1.2. Метод научног истраживања	4	
2. Циљ истраживања и план рада		5
2.1. Циљ истраживања	5	
2.2. План рада	7	

II. ПРАВО МЕЂУНАРОДНЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ

1. Право (заштите) конкуренције		8
1.1. Основни појмови и дефиниције	8	
1.2. Циљеви права конкуренције	12	
1.3. Структура права конкуренције	14	
2. Међународна заштита конкуренције		22
3. Међународно право конкуренције		22
4. Историјски развој права међународне конкуренције		24
4.1. Хаванска повеља	24	
4.2. Општи споразум о царинама и трговини (GATT 1947)	25	
4.3. Светска трговинска организација	27	
4.4. Остали правци савремене историје права међународне конкуренције		28
5. Значај изучавања права међународне конкуренције		30

III. ПОЈАМ МЕЂУНАРОДНЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ И ЕКОНОМСКЕ ТЕОРИЈЕ О КОНКУРЕНЦИЈИ

1. Конкуренција као економска категорија		31
2. Међународна конкуренција		33
3. Економске теорије о конкуренцији		34
3.1. Неокласична теорија конкуренције	35	
3.2. Теорија оптималне конкуренције	36	
3.3. Чикаго школа	38	
3.4. Теорија такмичења (тржишне утакмице)	39	
3.5. Теорија игара (нова индустријска организација)	40	
3.6. Нова институционална економија (економија трошкова трансакције)		41

IV.	ПРОБЛЕМИ САВРЕМЕНЕ МЕЂУНАРОДНЕ ТРГОВИНЕ И КОНКУРЕНТНОСТ	43
1.	Либерализација светског тржишта и конкуренција	43
2.	Комплементарност и противуречности између политике и права међународне трговине и политике и права међународне конкуренције	45
2.1.	Државне трговинске мере унутрашње примене	46
а.	Извозни картели	46
б.	Тржишно усмерена економска политика	47
2.2.	Државне трговинске мере прекограничне примене	48
а.	Добровољно ограничавање извоза	48
б.	Добровољно повећање увоза	49
2.3.	Комерцијалне активности државе и њених органа	50
а.	Јавне набавке	50
б.	Државна предузећа	51
3.	Положај држава у развоју у систему међународних трговинских односа	53

П Р В И Д Е О

ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У НАЦИОНАЛНИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА

1.	Сједињене Америчке Државе	59
1.1.	Шерманов закон	59
1.2.	Клејтонов закон	62
а.	Забрана дискриминације	62
б.	Значај и примена забране дискриминације и злоупотребе монопола код уговора о лиценци и уговора о преносу права интелектуалне својине	64
в.	Концентрације	67
1.3.	Ефекти примене закона и утицај глобализације	72
2.	Велика Британија	74
2.1.	Обичајно право и заштита конкуренције	74
2.2.	Законски акти о заштити конкуренције пре приступања Европској економској заједници	77
2.3.	Реформа правног режима заштите конкуренције након приступања Европској економској заједници	77
2.4.	Актуелни правци промене политике и права заштите конкуренције у Великој Британији	81
3.	Немачка	83
3.1.	Закон против ограничавања конкуренције ('GWB')	83
3.2.	Прилагођавање Закона европском праву конкуренције	84
3.3.	Надлежност, поступак и мере заштите конкуренције	88
3.4.	Улога немачких судова у заштити конкуренције	92
3.5.	Концентрације	94
4.	Словенија	95
4.1.	Закон о спречавању ограничавања конкуренције	95
4.2.	Структура Закона и предмет регулисања	96

4.3. Рестриктивни споразуми	97
4.4. Забрана злоупотребе доминантног положаја	98
4.5. Концентрације	99
4.6. Надлежност, поступак и мере заштите конкуренције	100

Д Р У Г И Д Е О

ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У МЕЂУНАРОДНОЈ ТРГОВИНИ

ГЛАВА I	
ЗАШТИТА МЕЂУНАРОДНЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ	
У ПРАВУ СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ (WTO)	108
1. Општи принципи либерализације међудржавне трговине	112
1.1. Принцип најповлашћеније нације	112
а. Појам и ефекти принципа најповлашћеније нације	112
б. Обим примене принципа најповлашћеније нације у правном систему WTO	113
в. Значај примене принципа најповлашћеније нације за конкуренцију	115
1.2. Принцип националног третмана	116
а. Појам и обим примене принципа националног третмана	116
б. Значај примене принципа националног третмана за конкуренцију	119
1.3. Принцип транспарентности и правичног процеса	121
а. Појам и обим примене	121
б. Значај примене принципа за конкуренцију	123
2. Одредбе о заштити међународне конкуренције у праву Светске трговинске организације	125
2.1. Општи споразум о царинама и трговини (GATT)	125
2.2. Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS)	127
а. Циљеви Споразума	127
б. Утицај права интелектуалне својине на међународну трговину и конкуренцију	129
2.3. Споразум о трговинским аспектима инвестиционих мера (TRIMS)	133
а. Значај директних страних инвестиција	133
б. Инвестиционе мере државе, као облик утицаја на ефекте FDI	135
в. Одредбе TRIMS-а о тржишним аспектима инвестиционих мера и њихов утицај на конкуренцију	136
2.4. Општи споразум о трговини услугама (GATS)	138
а. Садржина и ефекти Споразума	138
б. Значај Споразума за конкуренцију	144
2.5. Остали WTO споразуми	148
а. Анти-дампинг споразум	148
б. Споразум о заштитним мерама	150
в. Споразум о субвенцијама и компензаторним мерама	152

ГЛАВА II

ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

1. Европска унија, као облик политичке, економске и монетарне интеграције европских држава	153
--	-----

2. Европско право конкуренције		156
2.1. Хоризонтални споразуми и усаглашене праксе	160	
а. Појмовни оквир	160	
б. Процесни оквир	162	
в. Картели	164	
2.2. Вертикални споразуми	167	
а. Дистрибуција – врсте вертикалних споразума	168	
б. Статус различитих облика дистрибуције у праву конкуренције	169	
в. Клаузуле о територијалним ограничењима	170	
г. Судска пракса о ефектима вертикалних споразума на конкуренцију	171	
д. Изузимање вертикалних споразума од забране	173	
2.3. Злоупотреба доминантног положаја	175	
а. Појам доминације	176	
б. Појам злоупотребе (доминације)	178	
2.4. Концентрације	179	
а. Појам	179	
б. Правни извори ЕУ о концентрацијама	180	
в. Заједнички пословни подухват, као могући облик концентрације	182	
г. Комунитарни значај концентрације, као критеријум за разграничење надлежности између ЕУ и држава чланица	182	
д. Анализа ефеката концентрације на конкуренцију	183	
ђ. Поступак испитивања концентрације и овлашћења европске Комисије	186	

ГЛАВА III ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У РЕГИОНАЛНИМ ТРГОВИНСКИМ СПОРАЗУМИМА

1. Појам регионалног трговинског споразума	187
2. Значај регионалних трговинских споразума за конкуренцију	188
3. Надзор над применом одредби РТС-а о заштити конкуренције	191

ГЛАВА IV АКТИВНОСТИ КОНФЕРЕНЦИЈЕ УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА ЗА ТРГОВИНУ И РАЗВОЈ

1. Сет мултилатерално договорених правичних принципа и правила контроле рестриктивних пословних аката		195
1.1. Значај и циљеви	195	
1.2. Принципи и правила	197	
а. Општи принципи	197	
б. Принципи који се односе на привредне субјекте	198	
в. Принципи који се односе на државе	199	
г. Принципи међудржавне сарадње	200	
1.3. Ефекти и ревизија Сета	202	
2. Модел закон о конкуренцији		203
2.1. Значај	203	
2.2. Структура	205	
2.3. Обим примене	206	

2.4. Коментари Модел закона о конкуренцији – битни елементи односа између међународне конкуренције и међународне трговине	208	
3. Закључак о ефектима активности UNCTAD-а у области конкуренције		214

ГЛАВА V
ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У ПРАВНИМ АКТИМА
ОРГАНИЗАЦИЈЕ ЗА ЕКОНОМСКУ САРАДЊУ И РАЗВОЈ (ОЕСД)

1. ОЕСД Упутство за мултинационалне компаније	217	
1.1. Значај и циљеви	217	
1.2. Структура и садржина	219	
1.3. Ефекти и примена	224	
2. Препорука Савета о сарадњи држава чланица у вези са повредама конкуренције које утичу на међународну трговину		226
2.1. Значај и структура	226	
2.2. Принципи сарадње	228	
3. Најбоља пракса формалне размене података између органа за заштиту конкуренције у истрагама против картела		230
3.1. Значај и структура	230	
3.2. Обим примене	232	
4. Препорука Савета у вези са ефективним мерама против забрањених картела		234
4.1. Значај акта и обим примене	234	
4.2. Принципи међудржавне сарадње	236	
5. Препорука Савета о испитивању концентрација		239

ГЛАВА VI
МЕЂУНАРОДНА ИНСТИТУЦИОНАЛНА САРАДЊА
У ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

1. Екстратериторијална примена права конкуренције		244
1.1. Порекло института; правни и политички основ примене	244	
1.2. Судска доктрина	250	
1.3. Еволуција доктрине ефеката	251	
1.4. Последице примене доктрине ефеката	255	
1.5. Примена доктрине ефеката изван граница САД	260	
1.6. Савремени трендови екстратериторијалне примене права конкуренције и њихове последице	262	
2. Уважавање интереса других држава у примени домаћег права конкуренције на акте и радње предузете у иностранству (<i>'comity'</i>)		267
2.1. Појам и садржина концепта сарадње	267	
2.2. Негативна сарадња (<i>'negative comity'</i>)	270	
2.3. Позитивна сарадња (<i>'positive comity'</i>)	271	
3. Билатерална сарадња		274
3.1. Прва генерација билатералних споразума	274	
3.2. Друга генерација билатералних споразума	276	
3.3. Трећа генерација билатералних споразума	281	
3.4. Четврта генерација билатералних споразума	284	
4. Сарадња у оквиру институционализоване и неформалне мреже органа за заштиту конкуренције		285

4.1. Европска мрежа органа за заштиту конкуренције ('ECN')	285
а. Подела надлежности за примену права конкуренције између европских институција и националних органа држава чланица	285
б. Децентрализација примене европског права конкуренције	286
в. Појам Европске мреже органа за заштиту конкуренције	288
г. Систем паралелних компетенција	289
д. Оквир и принципи сарадње између чланова Европске мреже конкуренције	292
4.2. Међународна мрежа за заштиту конкуренције ('ICN')	297

ГЛАВА VII

ХАРМОНИЗАЦИЈА ПРАВА ЗАШТИТЕ МЕЂУНАРОДНЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ 302

1. Глобализација и њен утицај на примену права заштите конкуренције	302
2. Хармонизација и њени облици	306
3. Могућност хармонизације права конкуренције под окриљем Светске трговинске организације	309
3.1. Приватне тржишне баријере	311
3.2. Извозни картели	313
3.3. Међународни картели	315
3.4. Међународне (прекограничне) концентрације и злоупотреба монопола	317
4. Аргументи за и против хармонизације у оквиру WTO	320
4.1. Еволуција идеје о мултилатералној хармонизацији права конкуренције	320
4.2. Глобални интереси у систему међународне трговине и конкуренције, као фактор хармонизације права конкуренције у оквиру WTO	322
4.3. Врста и садржина аргумената у корист и против хармонизације права конкуренције у оквиру WTO	323
а. Институционални разлози	324
б. Политички разлози	325
в. Правни разлози	332
4.4. Активности Радне групе WTO о међусобном утицају трговине и конкуренције	336
5. Реалне могућности за усвајање међународног споразума о заштити конкуренције	340

ТРЕЋИ ДЕО

ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У ПРАВУ СРБИЈЕ

1. Структура домаћег законодавства	345
2. Садржај и значај домаћег законодавства	350
3. Примена прописа у циљу заштите националне, регионалне и глобалне конкурентности домаћих и страних привредних субјеката	361
3.1. Персонална примена права конкуренције	361
3.2. Територијална примена права конкуренције	367
3.3. Институционални оквир примене права	370
4. Усклађеност домаћих прописа са правом ЕУ	372
5. Перспективе развоја	378

ЗАКЉУЧАК

1. Право конкуренције, као неопходан услов напретка друштвеног система заснованог на принципима либералне демократије и тржишне економије	385
2. Ефективна заштита међународне конкуренције, као битан елемент процеса остваривања услова и ефективног чланства у WTO и ЕУ	387
3. Либерализација међународне трговине и ефективна заштита међународне конкуренције, као комплементарни аспекти глобалне међународне привреде	389
4. Специјални (повлашћени) режим држава у развоју и транзицији у правним оквирима регулисања спољнотрговинских односа и заштите међународне конкуренције	391
5. Нужност хармонизације права конкуренције	393
6. Потреба стварања наднационалног правног система заштите међународне конкуренције	395

У В О Д

I

ПРЕДМЕТ И МЕТОД НАУЧНОГ ИСТРАЖИВАЊА. ЦИЉ ИСТРАЖИВАЊА И ПЛАН РАДА

1. Предмет и метод научног истраживања

1.1. Предмет научног истраживања

Предмет истраживања је правна заштита конкуренције у међународној трговини, сагледана кроз однос узајамности и међусобног прожимања са правом међународне трговине. Циљ права међународне заштите конкуренције је да заштити процес тржишне утакмице између привредних субјеката на међународном тржишту. Конкретни циљеви су: контрола монопола, контрола привредних субјеката који имају тржишну моћ (моћ да утичу на формирање цена), спречавање злоупотребе монопола и тржишне моћи; контрола олигополских тржишта; спречавање концентрације привредних субјеката које доводе до концентрације тржишне моћи; спречавање рестриктивних споразума између конкурената (хоризонтални споразуми); спречавање рестриктивних вертикалних споразума између привредних субјеката који послују на различитим нивоима производње и дистрибуције.

Појавни облици повреде конкуренције су претходни (уводни) предмет разматрања. Ово истраживање обухвата: основне појмове и дефиниције права заштите конкуренције, основне (економске) теорије о конкуренцији и историјски развој права конкуренције.

Следећи предмет истраживања је заштита конкуренције у националним правним системима. Иако је основна сврха рада да укаже на правну заштиту конкуренције у међународној трговини – а тиме и на међународне правне изворе у овој области, неопходно је претходно дати приказ упоредног (националног) права конкуренције, ради стицања потпуније слике о концепту и заштити конкуренције уопште. Тај део истраживања је, с тога, помоћног и уводног карактера.

Основни предмет истраживања је заштита конкуренције у међународним правним оквирима. Излагање аутора о међународним правним изворима је засновано на критеријуму општости и значаја, следећим редоследом: мултилатерални и регионални правни извори обавезујуће снаге (право Светске трговинске организације;

право Европске уније; регионални трговински споразуми); УН Модел закон о заштити конкуренције из 2010. године; необавезујући правни акти Организације за економску сарадњу и развој; и правни извори институционалне сарадње између држава у заштити међународне конкуренције.

У оквиру главног предмета научно-истраживачког рада, аутор се бави и проблемом хармонизације права заштите конкуренције на глобалном нивоу. Поред тога, аутор проучава постојеће облике и перспективе сарадње између националних тела заштите конкуренције. У циљу расветљавања ових тенденција, предмет истраживања је и указивање на важније примере праксе санкционисања међународних картела и концентрација, као и на правце међународне сарадње у области права заштите конкуренције и хармонизације права.

Најзад, практични допринос рада аутор сублимира у оквиру истраживања домаћег (српског) права конкуренције, његовом упоредном анализом са правом Европске уније и правом Републике Словеније, као државе чланице ЕУ. Циљ научног истраживања у том делу је да укаже на недостатке домаћих прописа из области заштите конкуренције, као и на пожељан концепт даљег развоја права у овој области – посебно, с аспекта потребе јачања конкурентности домаћих произвођача на међународном тржишту и јачања конкурентности саме нације (државе) у савременом систему глобалних економских односа.

У циљу избегавања потенцијалних заблуда о томе шта представља *правну заштиту конкуренције*, потребно је и *негативно* одредити предмет истраживања. То је непосредно у вези са предметом права конкуренције уопште, како на националном, тако и на међународном плану. Тачније, предмет права конкуренције је правно уређење понашања *приватних* субјеката на тржишту. Управо из тог разлога, *предмет истраживања аутора нису државне* мере и правни инструменти спровођења тржишне (економске) политике, којима се уређују структура националног тржишта и границе слободе обављања унутрашње и спољне трговине. Ово је неопходно нагласити, јер између права конкуренције и трговинског права постоје сличности (у погледу циљева), али и значајне разлике (у погледу инструмената и ефеката њихове примене). Иако постоји потреба изучавања њихове интеракције, реч је о две *одвојене* правне дисциплине, па *трговинске мере државног интервенционизма (анти-дампиншке мере, субвенције тј. државна помоћ и др)* нису предмет научног истраживања аутора, а сва указивања у раду на ове мере и њихов утицај на конкуренцију дата су појашњења ради.

1.2. Метод научног истраживања

Методи који ће бити примењени у поступку савладавања одређеног предмета рада су разноврсни. Пре свега, ради се о дедуктивном нивоу. На основу непосредних и посредних правних извора, долази се до сазнања о општим категоријама права међународне заштите конкуренције и његовим циљевима. Упоредно-правним методом може се доћи до значајних сазнања о општим (у смислу заједничким) елементима посебних система заштите, као и о њиховим посебностима (различитостима). На основу историјског, дескриптивног и упоредно-правног метода, може се извести закључак о предностима и недостацима појединачних инструмената и механизма заштите међународне конкуренције. Упоредо са дескриптивним методом, применом метода анализе међународних правних извора, тенденција развоја и примене права, као и синтетичким методом обједињавања посебних и појединачних сазнања, долази се до коначних закључака о предмету истраживања.

Фаза независног научног истраживања почиње анализом прикупљене документарне грађе (правних прописа) и остале документарне грађе (посредни правни извори, правна литература, пракса). Истовремено са анализом, примењују се методе апстраховања, генерализације и конкретизације стечених знања о посебним и појединачним елементима категорије која је предмет анализе. Синтеза тако добијених сазнања омогућује правилно и свестрано поимање основних појмова и категорија права заштите међународне конкуренције (облици повреде и инструменти заштите). То поимање није само дескриптивног карактера (поимање датог, као идентитета), већ и узрочног (каузалног) карактера, у мери у којој омогућује сазнавање динамичког међуодноса појединих категорија (сукоб различитости). У циљу стицања таквог свеобухватног знања неопходно је применити аналитичко-синтетску дијалектичку методу. Ова метода допуњује се истовременом применом индуктивне методе у поступку проучавања добре праксе развијених тржишних земаља у примени права конкуренције (у одабраним правним системима). Тако добијено сазнање о јединству општег и посебног указује на потребу превазилажења датог. На закључке о пракси примене правне норме (индуктивним методом) примењује се експликативно-каузална и стваралачка синтеза, компаративна и емпиријско-експликативна анализа, као и предиктивна индукција, у циљу аргументоване потврде привремених поставки

(хипотеза, теза). Потврђивањем основних претпоставки овог истраживачког рада долазимо до крајњег циља истраживања, наиме, до закључака о квалитету домаћих прописа у овој правној области, као и закључака о перспективама даљег развоја и практичне примене права конкуренције у Републици Србији.

2. Циљ истраживања и план рада

2.1. Циљ истраживања

Практични значај рада огледа се у препознавању стварних последица глобализације међународних економских односа. Конкретније, реч је о препознавању оних последица које се остварују кроз поремећај, повреду и угрожавање међународне конкуренције привредних субјеката. У складу са значајем који остварује на глобалном нивоу економских односа, али и опредељењем наше државе ка стицању чланства у Европској унији, предмет рада је и приказ европских правних тековина заштите конкуренције (*acquis communautaire*).

Поред тога, практични значај рада огледа се у препознавању актуелних тенденција у процесу хармонизације права међународне заштите конкуренције на глобалном, регионалном и билатералном нивоу. Проблем који данас представља изазов за многе правне и економске стручњаке, али и учеснике у обликовању политике и стратегије развоја система међународне заштите конкуренције, огледа се у следећем: У којој мери је могућа хармонизација правних правила о заштити конкуренције? Који је пожељан модел хармонизације – наднационални ниво, који би омогућио заштиту повређеног права и/или реституцију у квази-судском поступку решавања спорова између држава-чланица, или међудржавни ниво институционалне сарадње? Шта би требало да буде предмет хармонизације, тачније, да ли је право заштите конкуренције подложно хармонизацији *in toto*, или би тај процес требало усмерити само на специфичне проблеме заштите конкуренције између учесника на глобалном тржишту?

Најзад, сви описани проблеми имају практичан значај у процесу транзиције Републике Србије (усвајања концепта либералне тржишне економије), а нарочито на њеном путу приступања Светској трговинској организацији и Европској унији. Правни режим и правне тековине ових институција нуде значајне могућности за развој инвестиција, домаће привреде и јачање националне конкурентности на глобалном

тржишту. У исто време, међутим, представљају и значајан вид институционалног и законодавног ограничења капацитета државне власти, што указује на потребан ниво опрезности у креирању циљева стратегије националног привредног развоја. У том смислу, сврха овог рада је да укаже на значајне правце сагледавања описаних проблема, као и на оптимални модел прилагођавања институционалним и правним тековинама савремене међународне трговине.

Намера аутора је да укаже на значај спречавања повреде конкуренције између привредних субјеката на регионалном и глобалном тржишту. Ти облици повреде конкуренције нису безначајни. Напротив, остварују значајне последице на процес реализације циљева глобалног и националног друштвеног благостања, тиме што га спречају или успоравају, или, чак, тако што продубљују разлику између богатих и сиромашних. Државе у транзицији, међу којима је и Република Србија, спроводе приватизацију друштвеног и државног капитала и имовине, уз истовремену стратегију хармонизације привредно-правног система са системима земаља развијених тржишних економија. У тој области реформе, заштита међународне конкуренције заузима централно место (уз реформисано право у области страних инвестиционих улагања и заштите права интелектуалне својине). Тиме ово питање добија на актуелности јер је, са аспекта постојећег система права у нашој земљи, реч о новој и прилично непознатој правној дисциплини. Зато је циљ рада да расветли и систематизује постојећа научна сазнања из ове области.

Коначно, циљ рада је да потврди следеће полазне поставке аутора (хипотезе): *хипотеза 1* – да је право заштите конкуренције неопходан услов напретка друштвеног система заснованог на принципима либералне демократије и тржишне економије; *хипотеза 2* – да је ефективно право заштите међународне конкуренције битно у процесу остваривања услова и ефективног чланства у WTO и ЕУ; *хипотеза 3* – да су либерализација међународне трговине и ефективна заштита међународне конкуренције комплементарни аспекти глобалне међународне привреде; *хипотеза 4* – да земље у развоју и земље у транзицији треба да се изборе за специјални (повлашћени) режим у поступку усвајања стратегије и правног оквира регулисања спољнотрговинских односа и активне примене права заштите међународне конкуренције; *хипотеза 5* – да постоји потреба хармонизације права конкуренције; *хипотеза 6* – да постоји потреба за стварањем наднационалног правног система заштите међународне конкуренције.

2.2. План рада

Увод садржи основне дефиниције појмова појавних облика предмета истраживања. Конкуренција, као предмет заштите политике и права конкуренције јесте, пре свега, економска појава и процес. Због тога, уводни део рада садржи дескриптивно-аналитички преглед историјског развоја економских теорија о конкуренцији, као и приказ историјског развоја права заштите међународне конкуренције. Уводни део рада указује и на значај изучавања ове правне области, као и на постојеће проблеме савремене међународне трговине који остварују непосредни утицај на конкурентност – и то, не само на међународну конкурентност привредних субјеката, већ и на конкурентност нације у међународним привредним односима.

Први део рада је од споредног, помоћног значаја у односу на предмет истраживања. Ради потпунијег сагледавања инструмената заштите међународне конкуренције, аутор у овом делу рада даје приказ националних правних система заштите конкуренције у државама са дугом и утемељеном праксом примене права конкуренције. Такође, дат је и приказ права конкуренције у Словенији, имајући у виду да то може бити од користи Србији у процесу транзиције и стицања чланства у Европској унији. Први део је тематски подељен у веће целине, и то у односу на сваку од одабраних земаља: 1. Сједињене Америчке Државе (САД); 2. Велика Британија; 3. Немачка; и 4. Словенија.

Други део рада је приказ правне заштите конкуренције у међународној трговини. У оквиру приказа најзначајних примера и тенденција заштите међународне конкуренције у тим оквирима, други део рада ће садржати следеће тематске целине: 1. *Заштита међународне конкуренције у праву Светске трговинске организације*; 2. *Заштита конкуренције у праву Европске уније*; 3. *Заштита конкуренције у регионалним трговинским споразумима*; 4. *Активности Конференције Уједињених нација за трговину и развој*; 5. *Заштита конкуренције у правним актима Организације за економску сарадњу и развој (ОЕСД)*; 6. *Међународна институционална сарадња у заштити конкуренције*; и 7. *Хармонизација права заштите међународне конкуренције*.

Трећи део рада даје приказ домаћег законодавства из области заштите конкуренције са посебним освртом на степен хармонизације домаћег права са правом Европске уније. У овом делу рада аутор указује на перспективе развоја и примене права заштите међународне конкуренције на територији Републике Србије.

Закључак је последња целина у раду. Он треба да изложи хоризонтални и вертикални пресек резултата истраживања у свакој од тематских области рада. У том смислу, требало би да пружи допринос у сагледавању савремених тенденција развоја права међународне заштите конкуренције на националном и наднационалном нивоу, као и да укаже на место и улогу Републике Србије у систему међународне трговине.

II

ПРАВО МЕЂУНАРОДНЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ

„*Право заштите међународне конкуренције*“ је сложен појам, који обједињује неколико самосталних појмова: „*право*“, „*конкуренција*“, „*међународни*“, „*заштита конкуренције*“. Управо та сложеност може бити повод различитим тумачењима правог значења збира наведених појмова у оквиру синтагме „*право заштите међународне конкуренције*“. Циљ овог дела рада је да омогући јасан увид у основне појмове и дефиниције појавних облика предмета истраживања.

1. Право (заштите) конкуренције

1.1. Основни појмови и дефиниције

Право је генерични и универзални појам који означава *одређени скуп правила понашања чију примену обезбеђује државни механизам принуде*.

Појам конкуренције нераздвојан је од појма тржишта, као економске категорије, што је предмет разматрања у оквиру посебне главе: „*Појам међународне конкуренције и економске теорије о конкуренцији*“. У том смислу, овде напомињемо да је конкуренција привредних субјеката у значајној мери превазишла оквире националног тржишта под утицајем глобализације, иако су основни принципи и законитости конкуренције на међународном тржишту битно исти онима на националном тржишту. Тиме би се могао ставити знак једнакости између националне и међународне конкуренције, али само условно, будући да одређене специфичности *међународног* тржишта у односу на *национално* нужно доводе и до разлика између међународне и националне конкуренције привредних субјеката.

Заштита конкуренције је предмет уређивања посебне гране права, познате под називом „*право конкуренције*“ или „*право заштите конкуренције*“. У континентално-европском праву је прихваћен овај појам за означавање права (енг. „*competition law*“), док је у америчком правном систему право заштите конкуренције познато под називом *антитруст* (енг. „*antitrust law*“). Понегде се оно означава и под називом „*антимонополско право*“ (енг. „*antimonopoly law*“). С друге стране, поједине земље су се определиле за шири назив који описно указује на основни предмет и циљ права, нпр. „*право сузбијања или контроле рестриктивних пословних аката и радњи*“ (енг. „*elimination or control of restrictive business practices*“).¹ Појам „*заштита*“ у сложеном појму „*заштита конкуренције*“ (енг. „*anti*“ – „*antitrust*“) нужно проистиче из природе самог права, које садржи негативне правне норме *забране* одређеног понашања („*забрањено је ...*“, „*ништави су ...*“ итд, енг. „*prohibitory in nature*“ and „*negative in language*“).²

Циљ права заштите конкуренције није подстицање конкуренције између привредних субјеката, већ управо њена *заштита* од аката и радњи спречавања, нарушавања и ограничавања конкуренције, и то употребом негативних правних одредби о *забрани и ништавости таквих аката и радњи*. У том смислу, право заштите конкуренције нужно обухвата и одредбе којима се уређују основне врсте аката и радњи повреде конкуренције, као и одредбе које предвиђају процесно-институционалне механизме примене права заштите конкуренције и одговарајуће мере заштите.

Треба, међутим, имати у виду да право конкуренције има и низ других, допунских циљева, који су резултат одређених специфичности националног тржишта, а то су: економски, социјални и политички циљеви. Ови додатни циљеви права заштите конкуренције пружају могућност *прилагођавања* права конкуренције степену економског развоја појединих држава, њиховим потребама подстицаја појединих стратешких привредних грана и јачању конкурентности нације, односно конкурентности домаћих произвођача на међународном тржишту.

Као и сваки други скуп правних норми обједињених заједничким предметом и циљем заштите, право конкуренције користи одређену групу специфичних појмова. Они се могу приказати на начин који подразумева извесни ниво генерализације,

¹ United Nations Conference on Trade and Development, „Model Law on Competition“, United Nations, New York and Geneva, 2010, TD/RBP/CONF.7/8, pp. 3, 11 („Title of the Law“).

² Maher M. Dabbah, *International and Comparative Competition Law*, Cambridge University Press, pp. 30-31.

односно, апстраховања у односу на појединачне (националне) правне системе, што представља и полазну основу у процесу хармонизације права или стварања међународног (мултилатералног) правног система заштите конкуренције. Овде ћемо, управо, дати такав приказ основних појмова права конкуренције, садржан у правном инструменту Конференције УН за трговину и развој, под називом: *Модел закон о конкуренцији (2010)*. Као допуну том приказу, указаћемо и на неке специфичности дефинисања основних појмова које садрже други мултилатерални или регионални правни извори.

Основни појмови који служе операционализацији предмета и циљева права конкуренције су: а) *учесник на тржишту* (енг. „enterprise“); б) *доминантан положај на тржишту* (енг. „dominant position of market power“); в) *концентрација (спајање и припајање)* (енг. „mergers and acquisitions“); г) *релевантно тржиште* (енг. „relevant market“).³

(а) Појам „учесник на тржишту“ обухвата: фирме, партнерства (ортаклуке), корпорације, компаније, удружења и друге правне субјекте који учествују у привредним активностима, независно од тога да ли их оснивају или контролишу приватна лица или држава, као и огранке, зависна друштва, повезана и друга друштва која су под њиховом непосредном или посредном контролом.⁴

(б) Појам „доминантан положај на тржишту“ односи се на ситуацију у којој је учесник на тржишту, самостално или заједно са неколико других учесника, у позицији да контролише релевантно тржиште одређене робе или услуге или скупа робе или услуга.⁵

(в) Појам „концентрације“ (спајања и припајања) односи се на ситуације успостављања правног односа између два или више учесника на тржишту, који подразумева обједињавање њихове имовине, и то у форми спајања, преузимања, заједничког улагања и других облика стицања контроле, нпр, преко заједничке управе.⁶

³ *Ibid*, ad 1, pp. 15.

⁴ *Ibid*, Cit. „Enterprises' means firms, partnerships, corporations, companies, associations and other juridical persons, irrespective of whether created or controlled by private persons or by the State, which engage in commercial activities, and includes their branches, subsidiaries, affiliates and other entities directly or indirectly controlled by them.“

⁵ *Ibid*, Cit. „Dominant position of market power' refers to a situation, where an enterprise, either by itself or acting together with a few other enterprises, is in a position to control the relevant market for a particular good or service or group of goods or services.“

⁶ *Ibid*, Cit. „Mergers and acquisitions' refers to situations where there is a legal operation between two or more enterprises whereby firms legally unify ownership of assets formerly subject to separate control. Those

(г) Појам „*релевантно тржиште*“ односи се на опште услове под којима продавци и купци обављају размену на тржишту, при чему *релевантно* тржиште подразумева одређену *групу* продаваца и купаца одређене *групе* производа у погледу које је извесно да ће доћи до поремећаја конкуренције. *Релевантно* тржиште нужно подразумева разграничење посебног *тржишта производа* и *географског тржишта* на којима долази до узајамног утицаја (интеракције) између производа, продаваца и купаца у процесу одређивања цене производа и обима производње. Оно треба да укључи све разумно *заменљиве* производе и услуге, као и све доступне конкуренте којима би се купци могли обратити у кратком времену, за случај да одређени акти ограничавања конкуренције или злоупотребе доминантног тржишног положаја доведу до малог али не тако безначајног повећања цене.⁷

Поједини мултилатерални извори у основне појмове права конкуренције укључују и појам „*рестриктивних пословних аката и радњи*“ (енг. „*restrictive business practices*“). Овај појам обухвата све *врсте и појединачне облике приватних аката и радњи учесника на тржишту, које за последицу или циљ имају значајно спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције*. Препознавање таквих аката и радњи, као и њихово појмовно одређење и категоризација, неопходан је услов остваривања основног циља права конкуренције, а то је *заштита конкуренције, као економског процеса*. Истовремено, јасно појмовно одређење облика повреде конкуренције опредељује и структуру процесно-институционалног система заштите конкуренције.

(д) Појам „*рестриктивни пословни акти и радње*“, према дефиницији мултилатералног акта УН Конференције за трговину и развој под називом *УН Сет принципа и правила о конкуренцији*, обухвата: акте или понашања учесника на тржишту која, путем злоупотребе или стицања и злоупотребе доминантног положаја, ограничавају приступ тржишту или на други начин неоправдано ограничавају конкуренцију, што доводи или може довести до негативних последица у међународној трговини, нарочито у односу на државе у развоју и њихов економски развој, односно,

situations include takeovers, concentrative joint ventures and other acquisitions of control such as interlocking directorates.“

⁷ *Ibid, Cit. „'Relevant market' refers to the general conditions under which sellers and buyers exchange goods, and implies the definition of the boundaries that identify groups of sellers and of buyers of goods within which competition is likely to be restrained. It requires the delineation of the product and geographical lines within which specific groups of goods, buyers and sellers interact to establish price and output. It should include all reasonably substitutable products or services, and all nearby competitors, to which consumers could turn in the short term if the restraint or abuse increased prices by a not insignificant amount.*“

која путем формалних, неформалних, писаних или неписаних споразума и аранжмана између учесника на тржишту доводе до истих последица.⁸

1.2. Циљеви права конкуренције

Циљ закона о заштити конкуренције јесте *контрола или елиминација* рестриктивних споразума или аранжмана између учесника на тржишту, као и концентрација и стицања или злоупотребе доминантног положаја на тржишту, којима се ограничава приступ тржишту или на други начин неоправдано нарушава конкуренција, чиме се остварују штетне последице на домаћем или међународном тржишту или на економски развој.⁹

УН Сет принципа и правила о конкуренцији упућује на више различитих и комплементарних циљева овог акта, који се *идеално* (услед општости и универзалности Сета), могу сматрати и циљевима права конкуренције уопште. То су следећи циљеви:

1. спречавање ометања или негације остваривања *користи од либерализације међународног тржишта* приватним рестриктивним пословним актима, а нарочито оних користи које имају утицај на трговину и развој држава у развоју;
2. остваривање веће *ефикасности* у међународној трговини и развоју, нарочито у државама у развоју, у складу са националним циљевима економског и друштвеног развоја и у оквиру постојећих економских структура, а посебно преко: а) стварања, промоције и заштите конкуренције; б) контроле концентрације капитала и/или економске моћи; и в) подстицаја иновација;
3. заштита и промоција *друштвеног благостања* уопште, а нарочито, интереса потрошача у развијеним државама и државама у развоју;
4. уклањање препрека трговини и развоју које настају као последица рестриктивних пословних активности *мултинационалних компанија* и других привредних субјеката, уз максимално искоришћавање погодности међународног тржишта, нарочито у погледу трговинских односа и напретка држава у развоју;

⁸ United Nations Conference on Trade and Development, „THE UNITED NATIONS SET OF PRINCIPLES AND RULES ON COMPETITION“ („The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices“), United Nations, Geneva 1980 (rev. 2000), TD/RBP/CONF/10/Rev.2, pp. 10 („B. Definitions and scope of application“, (i) *Definitions*, ad 1).

⁹ *Ibid*, ad 1, Chapter I, *Objectives or purposes of the law*.

5. настојање држава да све напред наведене опште циљеве права заштите конкуренције подигну на ниво *мултилатералног правног акта* обавезујуће снаге, уз истовремено усвајање права и политике заштите конкуренције на националном и регионалном нивоу.

Наведени циљеви указују на значај конкуренције у међународној трговини, односно на њен потенцијал да допринесе остваривању пуних ефеката либерализованог система светске трговине, уз правично преношење користи на државе у развоју.

Општи или универзални принципи не могу постојати независно од посебних и партикуларних. Ово, нарочито, ако се има у виду да национални закони о заштити конкуренције и даље представљају основни извор права заштите конкуренције у међународној трговини. Посебност националних интереса појединих држава у области економије и конкуренције исказује се, између осталог, и кроз *циљеве* чијем остваривању треба да допринесе закон о заштити конкуренције. У том смислу, први и основни циљ је *економски*, тачније, закон о заштити конкуренције треба да омогући ефикасну и оптималну расподелу националних ресурса и новостворених вредности, уз правично и максимално преливање остварених користи на потрошаче. Имајући у виду да овај циљ, као основни, произилази из саме природе односа чија је заштита предмет права (*конкуренција као економски појам и процес*), реч је о *универзалном*, тј. општем циљу права конкуренције.

Остали циљеви права конкуренције су допунског и комплементарног карактера у односу на основни и, пре свега, указују на нужност интервенције државе на тржишту у одређеним ситуацијама. То су следећи циљеви: *политички, развојни и социјално-политички*. *Политички* циљ права конкуренције јесте очување вредности и стабилности политичког система либералне демократије, супротстављањем прекомерној концентрацији економске моћи. *Развојни* циљеви су у вези са степеном економског развоја појединих држава, структуром и нивоом конкурентности националне привреде. Повећање продуктивности домаће привреде доводи до националне конкурентности земље у систему међународних привредних односа. У том смислу, чак и развијене државе воде рачуна о томе да правни и пословни амбијент омогући посебну заштиту малим и средњим привредним субјектима и обезбеди неопходне услове за поштену трговину. *Социјално-политички* циљеви укључују интересе посебно осетљивих друштвених група, као на пример: интерес запослених за очување радних места,

интереси припадника еколошког покрета за очување животне средине, интереси произвођача у тзв. опадајућим делатностима, и тако даље.¹⁰

1.3. Структура права конкуренције

Право конкуренције, поред уводних одредби о предмету и циљу права, нужно садржи конкретне норме о основним врстама и облицима аката и радњи које за последицу или циљ имају значајно ограничавање, спречавање или нарушавање конкуренције (у даљем тексту: „повреда конкуренције“). Ове норме представљају **материјално-правни оквир** права конкуренције.

Примена материјално-правних норми о заштити конкуренције зависи од **јурисдикционих и процесно-институционалних ограничења** примене права.

У погледу јурисдикције, већина закона садржи одредбе о персоналној и територијалној примени права конкуренције. Пораст броја држава које су последњих деценија усвојиле законе о заштити конкуренције, као и садржина тих закона, указују на тренд неформалне хармонизације по моделу закона развијених држава или регионалних организација, пре свега, по моделу права Сједињених Америчких Држава и Европске уније. У том смислу, можемо говорити не само о упоредним моделима закона развијених земаља, већ и о општим, односно заједничким основним принципима и стандардима заштите конкуренције уопште.

Када је реч о *персоналној примени* права конкуренције, прихваћен је принцип примене права на учеснике на тржишту са држављанством државе порекла закона (принцип персоналитета), али и на учеснике који имају држављанство друге државе, ако обављају привредну делатност у држави порекла закона (принцип територијалности). Такође, постоји могућност примене права и на домаће и стране држављане који не обављају привредну делатност на територији државе примене права, ако се последице њихових аката и радњи повреде конкуренције остварују на тој територији.

У том смислу, ни *територијална примена* закона о заштити конкуренције није нужно условљена тиме да акти и радње повреде конкуренције буду предузети на

¹⁰ Видети: Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law – Texts, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2004, pp. 15-17; Maher M. Dabbah, *International and Comparative Competition Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 36-44.

територији државе порекла закона. То и даље јесте основни принцип заснивања *територијалне надлежности* примене домаћег закона, али није и једини. Наиме, општеприхваћени принцип територијалности у примени права допуњен је принципом *јурисдикције државе на чијој територији се остварују ефекти (последнице)* предузетих аката и радњи повреде конкуренције, без обзира на то где су ове радње предузете. Тиме су створени и правни оквири за тзв. *екстратериторијалну примену* права конкуренције, као нужне последице либерализације међународне трговине и процеса глобализације.

Као и код других правних области, можемо разликовати две врсте субјеката на које се право конкуренције односи: *субјекти* који примењују право, с једне стране, и *субјекти* на које, односно, према којима се право примењује, с друге стране. *Субјект* који примењује право јесте увек државни орган или независна организација којој су законом дата јавноправна овлашћења. У неким државама постоји *дуализам* институционалне заштите конкуренције, тако што је надлежност за примену права подељена између две, а некада и више од две институције различите врсте. *Институционални систем* примене права конкуренције је резултат одређене стратегије и планова у оквиру *политике конкуренције*.

Субјекти у односу на које се примењује право конкуренције су *учесници на тржишту*, према напред датој дефиницији тог појма у УН Модел закону о конкуренцији. У ширем смислу, они су уједно и субјекти који примењују право конкуренције, имајући у виду да пословно планирање нужно укључује познавање и поштовање права државе у којој учесници на тржишту предузимају пословне активности.

Процесне одредбе права конкуренције опредељују поступак у коме се остварују права и обавезе субјеката примене права. То су одредбе које опредељују, најпре, *врсту* поступка (административни, судски грађанско-процесни и судски кривично-процесни), затим, *услове и начин* покретања поступка (овлашћени предлагачи, покретање поступка по службеној дужности), *процес (процедуру)* примене закона, као и *инструменте заштите конкуренције* (мере заштите, управне мере, санкције).

1.3.1. Врсте аката и радњи којима се спречава, нарушава или ограничава конкуренција на тржишту

Основне врсте аката и радњи повреде конкуренције су: а) *рестриktivни споразуми и аранжмани*; б) *злоупотреба доминантног положаја на тржишту*; и в) *концентрација тржишне моћи која доводи или објективно може да доведе до једног од претходних облика повреде конкуренције*.

(а) **Рестриktivни споразуми или аранжмани** (енг. „*restrictive agreements or arrangements*“) јесу споразуми између учесника на тржишту који су у односу конкурената или потенцијалних конкурената, независно од тога да ли је реч о формалним или неформалним, писаним или неписаним споразумима, и то:

- (i) споразуми којима се одређују цене и други услови продаје, укључујући и међународну трговину (енг. „*price-fixing agreements*“, „*collusive agreements*“);
- (ii) усаглашено истицање понуда у поступку јавних набавки, односно на јавном тендеру (енг. „*collusive tendering/bidding*“, „*bid-rigging*“);
- (iii) подела тржишта или клијената (енг. „*market or customer allocation*“);
- (iv) ограничење производње или продаје, укључујући квоте (енг. „*restraints on production or sale, including by quota*“);
- (v) групни бојкот куповине или продаје (енг. „*group boycotts*“; „*concerted refusals to purchase/supply*“);
- (vi) колективно ускраћивање права на приступ аранжману или чланство у удружењу које је од битног утицаја на конкуренцију (енг. „*collective denial of access to an arrangement, or association, which is crucial to competition*“).¹¹

Сви набројани облици рестриktivних споразума и аранжмана су *забрањени*. Постоји могућност *индивидуалног* или *групног* ослобођења од забране, при чему се индивидуално ослобођење одобрава одлуком надлежног органа по захтеву учесника у споразуму, уколико су за то испуњени законом предвиђени услови. С друге стране,

¹¹ United Nations Conference on Trade and Development, „Model Law on Competition“, United Nations, New York and Geneva, 2010, TD/RBP/CONF.7/8, pp. 3-4.

групно ослобођење наступа по сили закона у односу на оне врсте споразума за које је надлежни орган власти проценио да имају нето позитиван ефекат на тржишту.

(б) *Злоупотреба доминантног положаја на тржишту* (енг. „*abuse of a dominant position of market power*“) обухвата све оне појединачне облике злоупотребе једног или неколико учесника на тржишту, којима појединачна или колективна тржишна моћ (величина удела на тржишту) омогућава *контролу* над релевантним тржиштем производа или услуга, односно, групе производа или услуга, односно, омогућава предузимање аката и радњи којима се *ограничава приступ релевантном тржишту или на други начин неоправдано ограничава конкуренција, што изазива или може изазвати штетне последице на трговину или економски развој.*

Нарочито следећи облици понашања могу се сматрати злоупотребом доминантног положаја на тржишту:

- (i) предаторско (грабежљиво) понашање према конкурентима, попут продаје производа испод цене коштања, са циљем уништавања конкуренције;
- (ii) дискриминација (различит третман без оправданих разлога), односно, примена различитих цена и других услова при закључивању уговора о продаји или куповини производа, као и у поступку примене ценовне политике у трансакцијама између повезаних учесника на тржишту, која се огледа у примени већих или нижих цена производа у односу на цену која се примењује на исте или упоредиве трансакције изван структуре повезаних субјеката;
- (iii) одређивање цене по којој се роба може препродати, укључујући и увозну и извозну робу;
- (iv) ограничавање увоза робе која је жигом легитимно заштићена у иностранству, и то знаком разликовања који је идентичан или сличан знаку разликовања под којим је иста или слична роба заштићена у земљи увоза, при чему ови знакови имају заједничко порекло (припадају истом власнику, или их користе привредни субјекти између којих постоји економска, организациона, управљачка или правна повезаност), уколико је циљ предметних ограничења да се одрже вештачки високе цене робе;

- (v) акти и радње који нису предузети ради остваривања легитимних пословних циљева, као што су квалитет, сигурност, одговарајућа дистрибуција или сервисирање производа, а посебно:
- делимично или потпуно одбијање да се закључи уговор под уобичајеним условима пословања;
 - условљавање продаје робе или услуге прихватањем ограничења у дистрибуцији или производњи конкурентне или друге робе;
 - наметање ограничења где или коме, или у ком облику или количинама, купљена или друга роба може бити препродата или извезена;
 - условљавање продаје одређене робе или услуге куповином друге робе или услуге истог добављача или лица по његовом избору.¹²

(в) **Концентрација тржишне моћи** (енг. „*concentration of market power*“) доводи до повреде конкуренције у случајевима када:

- (i) планирана трансакција значајно повећава могућност искоришћавања тржишне моћи, тако што привредном субјекту или групи привредних субјеката који заједно делују омогућава да остварује профит одржавајући цене изнад нивоа конкурентне цене у дужем временском периоду; и
- (ii) ако би тржишни удео учесника у концентрацији, након њеног спровођења, довео до њиховог доминантног положаја на тржишту, или до значајног слабљења конкуренције на тржишту на коме водећу улогу има незнатни број учесника.¹³

Концентрације које доводе до описаних последица су *забрањене*. Обавеза учесника на тржишту да пријаве планирану концентрацију (статусну промену спајањем или припајањем, заједничко улагање и друге облике стицања контроле, попут повезане управе), требало би да постоји у следећим случајевима:

- (i) ако макар један учесник у концентрацији има седиште у држави примене права конкуренције; и
- (ii) када постоји могућност да тржишни удео у држави, или на значајном делу њене територије, доведе до доминације (тржишне моћи), нарочито у

¹² *Ibid*, pp. 4.

¹³ *Ibid*, pp. 5-6.

секторима у којима постоји висок степен тржишне концентрације, као и у секторима где постоје препреке за улазак на тржиште и недостатак производа који су заменљиви са производом чији су добављачи учесници у предметној концентрацији.¹⁴

Три су основна типа концентрација: а) *хоризонталне концентрације*; б) *вертикалне концентрације*; и в) *конгломерати*.

Хоризонталне концентрације су концентрације између конкурената, односно, субјеката који послују на истом нивоу у ланцу производње или дистрибуције.

Вертикалне концентрације су концентрације између субјеката који послују на различитом нивоу тржишног ланца.

Конгломерати су концентрације учесника који нису међусобни конкуренти, а нису ни у вертикалном односу на тржишту. Постоје следеће основне врсте конгломерата: *географски* (учесници у концентрацији производе исти производ на потпуно одвојеним географским подручјима); *производни* (учесници у концентрацији производе комплементарне производе); и „*чисти*“ *конгломерати* (учесници у концентрацији производе и/или тргују производима који нису заменљиви, нити комплементарни).¹⁵

1.3.2. Процесно-институционални механизми заштите конкуренције

Постоје значајне разлике у институционалном приступу примене права конкуренције. У многим државама, као и у Европској унији, примењен је *административни (управни) концепт* примене; у другим државама постоји систем тзв. *паралелних или подељених компетенција* два или више административних органа, од којих један може представљати орган са *квази-судским овлашћењима* у доношењу одлука о постојању повреде конкуренције и изрицању мера заштите и санкција (уз унутрашњу контролу и ревизију донетих одлука); поједине државе примењују систем комплементарних надлежности административних органа и *судова*, при чему административни органи имају главну улогу у спровођењу поступка испитивања

¹⁴ *Ibid*, pp. 5.

¹⁵ Maher Dabbah, *International and Comparative Competition Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 35 (f.n. 87).

последица аката и радњи привредних субјеката, по чијем окончању могу да поднесу надлежном суду тужбу за утврђење повреде конкуренције и накнаду штете, или кривичну пријаву надлежном тужиоцу; неке државе предвиђају надлежност *редовних судова* у спровођењу поступка (са или без специјалних одељења за повреде конкуренције), док друге имају *специјалне судове (трибунале)* за заштиту конкуренције.

1.3.3. Мере заштите и санкције због повреде конкуренције

Неке мере заштите и санкције су, претежно, *административне* природе, попут *мера понашања* (енг. „*behavioral remedies*“) и *структурних мера* (енг. „*structural remedies*“). Првом врстом административних мера налаже се учесницима на тржишту (за које је у поступку испитивања утврђено да су предузимали акте или радње повреде конкуренције) да се уздрже од повреде конкуренције у будућем периоду (*негативне/пасивне* мере понашања), или да предузму одређене акте и радње у циљу отклањања штетних последица на тржишту и спречавања настанка будуће штете (*позитивне/активне* мере понашања).

Структурне мере су оне мере надлежних органа за заштиту конкуренције којима се поново успоставља нарушена равнотежа тржишних удела учесника на релевантном тржишту. Подразумевају, најчешће, наредбу за отуђење одређеног дела имовине привредног субјекта или осамостаљивање његових зависних друштава или огранака (енг. „*divestiture*“). Примена ове врсте мера је углавном ограничена на случајеве спровођења концентрације без претходног одобрења надлежног органа за заштиту конкуренције, као и на случајеве накнадног поништаја одобрених концентрација.

Новчане казне представљају значајан инструмент примене права конкуренције на субјекте за које је у поступку испитивања утврђено да су извршили акте или радње повреде конкуренције. Постоје одређени стандарди за одређивање оптималне висине новчане казне, која треба да буде већа од износа процењене штете, имајући у виду *превентиву*, као основни циљ запрећене казне. С друге стране, савремена права конкуренције предвиђају програме за ослобађање или ублажавање новчане казне (енг. „*leniency programe*“), као *подстицај* учесницима у картелу да надлежном органу пријаве картел и доставе релевантне чињенице и доказе који омогућавају покретање и спровођење истраге.

Независно од новчаних казни, поједине државе признају право учесницима на тржишту и организацијама потрошача да поднесу надлежном суду *тужбу за накнаду штете*. То је приватноправни инструмент који доводи до реституције имовине субјеката који су, услед повреде конкуренције, претрпели стварну штету у виду умањења имовине или спречавања њеног очекиваног увећања (измакла добит). У појединим државама, *тужба* за накнаду штете представља *самостални* инструмент правне заштите, имајући у виду да није постављен услов претходног окончања административног поступка испитивања и утврђивања повреде конкуренције (енг. „*stand-alone actions for damages*“). Већи број држава, међутим, ово право признаје само као условно, јер претпоставља да је чињеница повреде конкуренције претходно утврђена у административном поступку пред надлежним органом (енг. „*follow-on-actions for damages*“).

У извесном броју држава предвиђена је и *кривична одговорност* правних и/или физичких лица због тежих облика повреде конкуренције (картела). Запрећене казне затвора за физичка лица, као одговорна лица у органима управљања привредних субјеката, имају значајан превентивни карактер. Поред казне затвора, или уместо ње, поједине државе предвиђају могућност изрицања мере забране обављања послова управљања привредним субјектима у одређеном периоду.

2. Међународна заштита конкуренције

Међународна заштита конкуренције јесте појам који проистиче из потребе заштите конкуренције на међународном тржишту, спречавањем оних облика аката и радњи привредних субјеката (пре свих, мултинационалних компанија) за које постоји *заједнички интерес две или више држава* за покретање поступка испитивања повреде конкуренције – било да је реч о актима и радњама који се у потпуности или делом исцрпљују на територији неке или свих тих држава, или да је реч о актима и радњама чије се *последице (ефекти) остварују* на њиховој територији.

У том смислу, једна од више заинтересованих држава може препустити вођење поступка другој држави, уважавајући бољу позицију те државе да ефективно спроведе поступак (лат. *forum conveniens*), или претежност интереса те државе у односу на интересе других држава (енг. „*comity*“). Притом, стандард узајамног уважавања држава не подразумева само однос уздржавања једне државе у корист друге (енг. „*negative comity*“), већ и одређени облик активне међудржавне сарадње (енг. „*positive comity*“). Ова сарадња се може остваривати на више начина: путем института међународне правне помоћи достављања и извођења доказа у грађанским, трговачким и кривичним стварима; путем узајамног обавештавања о току поступка испитивања повреде конкуренције и планираним мерама заштите; разменом поверљивих података уз сагласност лица које је извор информација и/или у оквиру посебног билатералног правног режима сарадње органа за заштиту конкуренције; координираним спровођењем програма амнестије (ослобађања од санкције или ублажавања санкције) који се примењује у односу на чланове картела који сарађују са надлежним органом заштите конкуренције, и тако даље.

3. Међународно право конкуренције

На садашњем нивоу развоја међудржавних односа у области заштите конкуренције, не постоји *међународно право конкуренције*, које би подразумевало постојање *наднационалног институционалног облика сарадње и наднационалних (међународних) правних извора*. Иако су идеје о међународном праву конкуренције присутне и даље у академској јавности, али и на нивоу јасно изражених политичких тежњи појединих држава или региона, садашњи оквири међународне заштите

конкуренције заснивају се на *билатералним међународним уговорима о сарадњи*, као и на појединим *регионалним трговинским споразумима и споразумима о економској унији*.

Глобални проблеми захтевају глобална, а не парцијална решења, што је условило појаву *нових облика међународне сарадње у оквиру тзв. мреже државних институција*. Овај приступ решавању проблема у управљању глобалним процесима (међународна трговина, међународна заштита права радника, међународни еколошки покрет, итд) представља, макар номинално и неформално, најоптималнији ниво сарадње са аспекта очувања националне суверености држава које учествују у том и другим заједничким пројектима. За разлику од класичних облика међудржавне сарадње на равноправној (реципрочној) основи, заснованих на формалној (званичној) кодификацији, односно, хармонизацији права (међудржавни уговори, билатерални или мултилатерални), овај нови облик сарадње је флексибилан и динамичан. Наиме, не зависи од често неизвесних резултата дуготрајних преговора; не укључује високе трошкове преговарачког процеса; брже и адекватније проналази одговоре на промене које настају у пословном окружењу; и не одвија се у оквиру стабилне организационе структуре, какве су по својој природи међународне организације, попут: Светске трговинске организације, Уједињених нација и њених специјализованих комисија (нпр. Комисија УН за трговину и развој – *UNCTAD*, Комисија УН за међународно трговинско право – *UNCITRAL*, и др), Међународног монетарног фонда, Међународне банке за обнову и развој (Светска банка), и других.

У области заштите конкуренције, међународна сарадња надлежних националних органа примене права конкуренције одвија се у оквирима тзв. *Међународне мреже конкуренције* (енг. „*International Competition Network*“ – *ICN*), основане 2001. године. Иако активности у оквиру ММК доприносе постепеном уједначавању материјалног и процесног права у области заштите конкуренције, као и уједначеној примени тог права, значајни део академске јавности и даље заступа идеју о формалној хармонизацији макар основних правних принципа и стандарда заштите конкуренције.

4. Историјски развој права међународне конкуренције

4.1. Хаванска повеља

Први познати документ који садржи предлог за успостављање међународне сарадње у области контроле рестриктивне пословне праксе, нарочито међународних картела, јесте рад професора економије Виљема Уалида (William Oualid), представљен 1927. године на Светском економском форуму у организацији Лиге народа. Овај рад је представљен под називом „Социјални ефекти међународних привредних споразума“, али су његови предлози након дискусије означени радикалним и преурањеним.¹⁶

Период након Другог светског рата обележило је стварање међународног економског поретка, чија је институционална структура требало да буде организована на трипартитној основи коју чине: *Међународни монетарни фонд, ММФ* (енг. *International Monetary Fund, IMF*); *Међународна банка за обнову и развој – Група Светске банке* (енг. *International Bank for Reconstruction and Development or World Bank Group*), и *Међународна трговинска организација, МТО* (енг. *International Trade Organisation, ITO*). За разлику од прве две, Међународна трговинска организација није добила квалификовану подршку држава чланица Уједињених нација.

И поред тога, нацрт Повеље ИТО из 1945. године представља за историчаре економије и права конкуренције *историјски и потенцијално* важан инструмент у датом тренутку из више разлога: *прво*, због тога што је садржао одредбе о међународном регулисању и надзору над актима и радњама повреде конкуренције; *друго*, зато што су те одредбе биле строге и састављене по узору на предлоге професора Oualid-а четврт века раније; *треће*, због тога што је давао право и приватним субјектима, једнако као и државама, да подносе иницијативу Међународној трговинској организацији за покретање истражног поступка поводом повреде конкуренције; *четврто*, јер је предвиђао да ИТО може наложити државама да предузму мере ради отклањања последица штетне рестриктивне пословне праксе; *пето*, зато што је потврдио одсуство заједничких ставова и циљева шире међународне заједнице у односу на понуђена решења.

¹⁶ Martyn D. Taylor, *International Competition Law – A New Dimension for the WTO?* Cambridge University Press, 2006, pp. 148.

На међународној конференцији у Хавани 1947. године изражени су ставови да треба ублажити одредбе о конкуренцији у нацрту Повеље ИТО, пре свега, на начин који Организацији даје овлашћење за доношење *препоруке* државама поводом утврђене повреде конкуренције (уместо обавезујуће одлуке), а *приватним субјектима* ускраћује право подношења иницијативе Организацији за покретање испитног поступка. Ове и друге препоруке садржане су у ревидираном нацрту Повеље ИТО коју су Сједињене Америчке Државе (као носиоци иницијативе и аутори неуспелог Нацрта) представиле 1948. године („Хаванска повеља“).¹⁷

Поред процесног оквира међународне сарадње и наднационалног институционалног и правног механизма испитивања повреде конкуренције у међународној трговини, нацрт Повеље ИТО је садржао и одредбе о *обавези* држава чланица да усвоје и активно примењују закон о заштити конкуренције.

Концепт заштите конкуренције у оквирима Хаванске повеље потпуно је напуштен 1950. године. У таквим околностима, преговарачки процес је преусмерен искључиво на питања тржишне и економске политике, тачније, на питања прогресивног смањења царина и квантитативних ограничења у међународној трговини. Овај процес „*раздвајања*“ права конкуренције од трговинског права започео је упоредо са првим знацима застоја у преговорима о усвајању Хаванске повеље. Резултат је *Општи споразум о царинама и трговини* (енг. *General Agreement on Tariffs and Trade, GATT*), који је одбацивањем концепта Хаванске повеље добио на значају.¹⁸

4.2. Општи споразум о царинама и трговини (GATT 1947)

Општи споразум о царинама и трговини је основни механизам за вођење мултилатералних преговора између држава чланица у циљу постепене (прогресивне) либерализације међународног тржишта. Споразуми о смањивању или потпуном укидању царина и квантитативних ограничења у спољној трговини су и сами прогресивни и подложни променама. Прво, због тога што се периодично одржавају нове, тзв. „*рунде преговора*“, на којима се постојеће стопе царина додатно умањују или потпуно укидају, а тако учињени уступци од стране једне државе или групе држава имају *истовремено и безусловно дејство* у односу на све остале државе чланице

¹⁷ *Ibid*, pp. 151.

¹⁸ *Ibid*, pp. 153.

преговарачког процеса. Друго, из разлога што се предмет тј. обим преговора временом проширио и на смањење и укидање осталих нецаринских баријера слободној трговини, као што су: правила царинског поступка за утврђивање вредности робе у прекограничном промету, правила о јавним набавкама, правила о државној помоћи, и тако даље. Треће, и даље је остало отворено питање укључивања права конкуренције у преговарачки процес.

Прве иницијативе да се „оживе“ мултилатерални преговори о праву конкуренције, започете 1953. године, нису биле међусобно усклађене. Наиме, тај процес је до 1956. године вођен истовремено у оквиру УН Економског и социјалног савета („ECOSOC“) и Општег споразума о царинама и трговини (GATT). ECOSOC је припремио нацрт споразума који је предвиђао оснивање међународне агенције за сарадњу, чија би овлашћења била да прима пријаве, спроводи истрагу и даје препоруке за предузимање мера у циљу отклањања последица повреде конкуренције у међународној трговини.¹⁹ Тај нацрт није, међутим, довео до очекиваних резултата, јер су даљи преговори враћени искључиво у оквир GATT-а. Специјални Комитет је основан 1956. године, као и комисија састављена од стручњака за право конкуренције, са циљем да сачине извештај о границама укључивања конкуренције у преговоре и правне инструменте GATT-а. Ставови у оквиру Комисије су били подељени. Мањинска група је исказала став да би се питања повреде конкуренције могла разматрати у границама члана XXIII GATT-а, уколико државе чланице већином гласова (на основу члана XXV) претходно усвоје споразум о укључивању тих питања у предмет надзора и решавања спорова у оквиру GATT-а.

Већина стручњака је, међутим, била мишљења да би такво решење довело у питање и сам опстанак GATT-а, имајући у виду да би значајан број утврђених повреда или спречавања остваривања користи (услед повреде конкуренције) давао повода за примену реторзионих мера заштите од стране држава у којима су наступиле последице повреде, у складу са чланом XXIII GATT-а.²⁰

Коначни извештај Комисије је био једногласно *против* укључивања права конкуренције у оквир преговора GATT-а, услед недовољног међународног консензуса око обима, циљева и садржине тог права. У таквим околностима, препорука Комисије је да се проблеми у примени права конкуренције разматрају и решавају *сарадњом*

¹⁹ *Ibid*, pp. 155.

²⁰ *Ibid*, pp. 156.

између држава чланица, тачније, на нивоу *билатералних преговора* у оквирима члана XXII ГАТТ-а. Наведена препорука је и формално усвојена 1960. године, али је она остала практично безначајна.²¹

4.3. Светска трговинска организација

Светска трговинска организација (енг. *World Trade Organisation – WTO*) представља нови институционални оквир међународних трговинских односа. Конститутивни акт WTO је донет 15. априла 1994. године и представља резултат Уругвајске рунде преговора, окончане 15. децембра 1993. године.²²

Међутим, питања мултилатералног правног уређења прекограничних аката и радњи повреде конкуренције остала су *изван* Уругвајске рунде разговора. Сагласно ранијим закључцима, државе чланице ГАТТ-а су остале доследне ставу да не постоји међународни консензус око тих питања. Указано је на сложену природу односа између међународног трговинског права и права конкуренције, која није у потпуности испитана, што је указивало на потребу *претходног* истраживачког рада у тој области. И поред тога, неке нове одредбе ГАТТ-а, али и појединачне, тј. изоловане одредбе допунских споразума уз ГАТТ, закључених у току Уругвајске рунде преговора, представљају извесни допринос почетном увођењу права конкуренције у систем међународних трговинских односа. Преглед тих одредби је предмет разматрања другог дела рада под називом: „*Заштита конкуренције у међународној трговини*“.²³

Појединачне одредбе о конкуренцији у оквиру трговинских споразума под окриљем Светске трговинске организације су, по својој садржини и значају, *ad hoc* одредбе *ограничене природе*. Наиме, половина одредби је *процесног карактера*, које предвиђају обавезу само „*узимања у обзир*“ конкуренције при доношењу административних дискреционих аката; преостале одредбе се односе на најтеже облике повреде конкуренције (*монополи и картели*); већина свих одредби се налази у посебним

²¹ *Ibid*, pp. 157.

²² Final Act and Agreement Establishing the World Trade Organisation, General Agreement on Tariffs and Trade, Uruguay Round, Marrakesh, Morocco, 15 April 1994.

²³ О томе више: Martyn D. Taylor, *International Competition Law – A New Dimension for the WTO?* Cambridge University Press, 2006, pp. 160-162.

секторским споразумима (нпр. сектор телекомуникација), из чега проистиче и њихов ограничен обим примене.²⁴

Перспективе за усвајање споразума о укључивању права конкуренције у мултилатералне преговоре у оквиру Светске трговинске организације, а тиме и за усвајање посебног споразума о трговинским аспектима конкуренције, нису повољне у садашњем тренутку. Такви покушаји су постојали у периоду од 1996. до 2003. године, почев од договора о програму будућих преговора у оквиру сета тзв. Сингапурских питања 1996. године, оснивања посебне WTO Радне групе о трговини и конкуренцији (WGTCP) 1998. године, преко Доха агенде о развоју из 2001. године, све до неуспеле Министарске конференције у Канкуну 2003. године, када је питање конкуренције у потпуности изостављено из преговарачког процеса.²⁵ До неуспеха у преговорима је дошло, између осталог, и због подељених схватања о могућим последицама мултилатералног споразума о конкуренцији на државе у развоју.²⁶

И поред тога, предлози за наставак напора у правцу усвајања мултилатералног споразума актуелни су и даље, при чему један део академске јавности предност даје споразуму под окриљем Светске трговинске организације, а други споразуму чија би примена била у *искључивој* надлежности нове, специјализоване агенције, одн. организације. Постоји, наравно, и део академске и друге јавности који отворено изражава резерве према *мултилатералном* облику правног и институционалног решавања проблема заштите међународне конкуренције.

4.4. *Остали правци савремене историје права међународне конкуренције*

Алтернативни облици међународне заштите конкуренције добијају на значају у последњој деценији. Ради се о процесу јачања свести и знања о праву конкуренције у оквиру међународних организација, као што су *OECD* и *Уједињене нације*. Акти које ове организације доносе у тој области имају карактер необавезујућих препорука и

²⁴ *Ibid*, pp. 162-163.

²⁵ Више о томе у другом делу рада.

²⁶ Видети о томе: Bernard Hoekman, „Competition Policy and the Global Trading System: A Developing Country Perspective“, 1996; Daniel J Gifford and Robert T Kudrle, „Trade and Competition Policy in the Developing World“ (Chantal Thomas and Joel P Trachtman eds., *Developing Countries in the WTO Legal System*, Oxford University Press, 2009, pp. 395-435); Ajit Singh, „Competition and Competition Policy in Emerging Markets: International and Developmental Dimensions“, UNCTAD, G-24 Discussion Paper Series, No. 18, September 2002.

упутстава, чија добровољна примена у поступку доношења и спровођења националног права конкуренције доводи до постепене хармонизације права конкуренције на регионалном и глобалном нивоу.

Поред тога, посебан потенцијал за укључивање конкуренције у правни режим спољнотрговинских односа постоји у оквиру *регионалних трговинских споразума*. У овом тренутку, тај потенцијал није довољно искоришћен, осим у случајевима чврсте економске интеграције држава чланица на приближно истом нивоу економског развоја, са традиционално блиским и развијеним правним системима.

Билатерална сарадња у области хармонизације је тренутно *најбитнији* инструмент који одређује права и обавезе држава уговорница у поступку испитивања прекограничних облика повреде конкуренције у међународној трговини. Она је, нарочито, добила на значају развојем основних принципа тзв. *позитивне сарадње држава* (енг. „*positive comity*“), као и усвајањем неких нових института у поступку откривања и испитивања картела, као најопаснијих облика повреде међународне конкуренције (програм за ослобађање или ублажавање казне у односу на чланове картела, енг. „*leniency program*“).

Неформални облик мултилатералне сарадње на нивоу тзв. *мреже* националних органа и независних институција за заштиту конкуренције, представља нови модел сарадње у оквиру *Међународне мреже за конкуренцију* (енг. „*International Competition Network*“, *ICN*), основане 2001. године. Посебан значај сарадње у оквиру Мреже огледа се у издвајању примера тзв. најбоље праксе (енг. „*best practices*“), као и у техничкој (стручној) помоћи органима за заштиту конкуренције у државама које су на почетку процеса доношења и примене закона о заштити конкуренције. *Мрежа*, као модел међудржавне сарадње представља аморфни, неформални и флексибилни систем размене знања и искустава на суб-националном нивоу (тј. на нивоу сарадње националних органа надлежних за примену права конкуренције) – што овај тип сарадње издваја од осталих по *компетентности, флексибилности, брзини и неинвазивном приступу* (нема задирања у национални суверенитет држава чији органи чине тзв. „пунктове“ мреже).

5. Значај изучавања права међународне конкуренције

Значај изучавања права међународне конкуренције проистиче из међузависности и сложености односа међународне трговине и конкуренције. Овај однос је у неким аспектима комплементаран, док у другим показује и значајне противуречности политике и права међународне трговине, с једне стране, и конкуренције, с друге стране.

Комплементарност проистиче из подударности њихових основних циљева – *ефикасност* расподеле ресурса уз повећање продуктивности производње и преливање остварених користи у значајном делу на потрошаче. Противуречности настају у вези са посебним и партикуларним интересима и циљевима. Прво, мере трговинске политике могу имати протекционистички карактер (нпр. антидампиншке мере и субвенције), а тиме и негативан утицај на конкуренцију.²⁷ Друго, и само право конкуренције може имати регулаторни и протекционистички карактер, што може негативно утицати на остваривање пуних ефеката либерализације међународне трговине.²⁸

Развијене државе настоје да наметну државама у развоју сопствени концепт права заштите конкуренције, и то на начин који принцип слободе конкуренције претвара у инструмент њихове спољнотрговинске политике, чији је циљ потпуно отварање тржишта држава у развоју за страну конкуренцију.²⁹

Државе у развоју, међутим, треба да примене концепт права конкуренције који одговара њиховим потребама за развој индустријске и технолошке основе, повећање продуктивности производње и достизање стандарда међународне конкурентности домаће привреде.³⁰

²⁷ Видети о томе: Martyn D. Taylor, *International Competition Law, A New Dimension for the WTO?*, Cambridge University Press, 2006, pp. 260-285.

²⁸ Такав облик протекционизма постоји, на пример, у случају изричитог изузимања *извозних картела* од примене домаћег права конкуренције (државе извоза).

²⁹ Видети: Bruno Zanettin, *Cooperation Between Antitrust Agencies at the International Level*, Hart Publishing, 2002, pp. 27-30.

³⁰ Ajit Singh наводи да за државе у развоју циљ политике конкуренције не може бити само промоција конкуренције по себи, већ промоција конкуренције у циљу подстицаја економског развоја. То у неким случајевима подразумева потребу ограничавања конкуренције, а у другим случајевима њену ефикасну промоцију и заштиту (A Singh, *Competition and Competition Policy in Emerging Markets: International and Development Dimension*, UNCTAD, G-24 Discussion Paper Series No 18, September 2002, 17) – наведено према: Daniel J Gifford and Robert T Kudrle, „Trade and Competition Policy in the Developing World, Is There a Role for the WTO?“ (in Chantal Thomas, Joel P. Trachtman eds., *Developing Countries in the WTO Legal System*, Oxford University Press, 2009, pp. 409.

III

ПОЈАМ МЕЂУНАРОДНЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ И ЕКОНОМСКЕ ТЕОРИЈЕ О КОНКУРЕНЦИЈИ

1. Конкуренција као економска категорија

Конкуренција као економска категорија означава надметање или утакмицу у области робне производње. Њена сврха или исход за једно предузеће је повољнији положај у обављању делатности на тржишту или по тржишним условима. Конкретније, сврха је остваривање већег прихода и добитка односно профита.

Конкуренција може бити лојална и нелојална. Лојална конкуренција се одвија у складу са законским прописима и добрим пословним обичајима (трговинским узансама). Повољнији економски положај једног предузећа у случају лојалне конкуренције резултат је веће економије рада. Нелојална конкуренција има супротне одлике. Тачније, не одвија се у складу са законским прописима и води стицању повољнијег економског положаја занемаривањем основних економских принципа у процесу репродукције.

У једној земљи, када је реч о лојалној тржишној конкуренцији, може се говорити о конкуренцији у одређеној делатности и конкуренцији између делатности. Има више области лојалне конкуренције у одређеној делатности. Најчешће се истичу цена, квалитет и рок испоруке. Међутим, не мањи значај имају и: дизајн, употребна својства (функционалност) производа, његово сервисирање након продаје односно подршка у процесу потрошње, реклама и пропаганда, кредитирање продаје и друго. Конкуренција између субјеката из различитих делатности врши се алокацијом (сељењем) капитала. Капитал и рад селе се из оних делатности где су суфицитарни у делатности где су мање-више дефицитарни, тј. у оне делатности где се може остварити већи раст прихода и профита.

Већи успех у конкуренцији омогућава предузећу остваривање већег прихода и профита, односно, омогућава му бржи раст и развој заснован на економији рада. А она се огледа у смањивању рада, текућег и опредмећеног (уопште, улагања) по јединици оствареног учинка (уопште, резултата) – било путем смањивања улагања код

остваривања одређеног учинка, или повећањем учинка са одређеним улагањима (а најчешће, деловањем у оба правца). Када се искористе све тзв. унутрашње резерве у повећању економије рада, тј. када се у датим условима процес рада објективизира – даља могућност повећања економије рада јесте инвестирање и повећање продуктивности рада.

Сама величина предузећа може доприносити повећању економије рада.³¹ Велика предузећа имају могућност веће поделе рада, централизације многих активности и средстава и друго. У вези са тим, можемо замислити разлику између појединачне, серијске и масовне производње у случају једног предузећа.

На нивоу једне земље, тржишна конкуренција води већем обиму понуде и тражње, те повећању благостања људи. Ово се у теорији објашњава помоћу анализе тзв. произвођачког и потрошачког вишка.³² У општем случају, са повећањем цене једне робе, при датој платежно способној тражњи односно куповној моћи, њена понуда расте а тражња опада. (Линија понуде има узлазни, а линија тражње силазни облик.) Цена која доводи до њиховог изједначавања назива се равнотежном. При тој цени има купаца који би платили и вишу (тзв. резервацијску) цену да би дошли до робе. Али, не плаћају скупље јер је цена одређена (присутна) на нижем тј. равнотежном нивоу. Разлика између резервационих цена и тржишне (равнотежне) цене чини тзв. потрошачки вишак. Са друге стране, има продаваца који би робу понудили и по нижој цени, јер остварују већу економију рада. Ти продавци, продајом робе по тржишној (равнотежној) цени остварују тзв. произвођачки вишак. (Овај вишак чини разлика између тржишне цене и нижих цена по којима би они били спремни да понуде робу на продају.)³³

Ограничавањем конкуренције на страни понуде или тражње цена робе одступа од равнотежне. Тада је обим њене понуде и тражње мањи.³⁴ Значи, мање је и друштвено благостање у изразу мање потрошње и мање производње и запослености.

³¹ Величина предузећа може значити и губитак интереса за конкуренцију. Са концентрацијом и централизацијом капитала и производње настаје монопол. У њему се, често, бољи финансијски резултат остварује мимо економије рада.

³² Видети о томе, на пример, Robert S. Pindyck – Daniel L. Rubinfeld, *Mikroekonomija*, МАТЕ, Zagreb, 2005, str. 288. i 289; N. Gregori Mankju, *Principi ekonomije*, Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta, Beograd, 2008, str. 148. i 149.

³³ Овде је реч о суми вредности, тј. збиру умножака количина и цена.

³⁴ Код више цене од равнотежне, произвођачи би понудили већу количину робе. Али, не могу остварити продају додатне количине, јер купци са датом платежно способном тражњом могу купити мање. И супротно, код снижења цене – купци би купили већу количину, али то није могуће јер се понуда робе смањује.

Као економски процес, конкуренција обухвата три фазе. У првој се врши позиционирање, односно сагледава положај у конкуренцији (сагледавају се предности и недостаци у свакој области тржишне утакмице). Затим, у другој се утврђују могућности, потребна средства и активности за јачање конкурентске способности. И, у трећој, врши се спровођење утврђених мера и активности. У процесу међународне конкуренције морају се имати у виду и многи неекономски ограничавајући фактори.

2. Међународна конкуренција

Међународна конкуренција јесте надметање, односно утакмица привредних субјеката која се остварује у процесу међународне трговине. Код извоза на тржиште друге земље, привредни субјект постаје конкурент онима који послују на том тржишту. Такође, увозник постаје конкурент субјектима који послују на тржишту једне земље.

У међународној трговини одвија се и конкуренција између појединих земаља. Земља која остварује суфицит у међународној трговини увећава свој домаћи бруто производ (ДБП). Она користи тржишта других земаља за убрзање свог привредног раста. На то указује садржај домаћег бруто производа: $ДБП = \text{реализација остварена на домаћем тржишту} + \text{увоз} - \text{извоз}$.

За једног привредног субјекта, конкуренција на иностраном тржишту мора бити плански процес – исто као и на домаћем – ако он тежи да опстане на том тржишту. Она мора бити плански процес и за сваку земљу појединачно. У условима тзв. отвореног тржишта свака земља мора јачати конкурентску способност своје привреде. (Пре свега, стварањем услова за повећање продуктивности рада.) У противном, она препушта своје тржиште (као ресурс или основу развоја) другим земљама. Тачније, угрожава свој привредни раст и доводи у питање свој економски развој.

Конкуренција у међународној трговини одражава се на положај појединих субјеката, али и појединих земаља. Предузеће које излази на страном тржиште шири могућности пласмана, тј. могућност повећања прихода и профита. На бази економије рада снижава трошкове производње. Прихватањем стандарда који важе на иностраном тржишту, оно јача своје конкурентске способности према субјектима који послују само на домаћем тржишту. Једној земљи, учешће у међународној трговини – у случају суфицита платног биланса – омогућава убрзање привредног раста. А глобално, међународна трговина доводи до појефтињења производње и веће потрошње. Увоз

појефтињује домаћу производњу, када се оскудни ресурси у земљи обезбеђују из земаља где нису оскудни и где су јефтинији. Супротно, извоз ресурса којима је земља богата омогућава реализацију по вишим ценама него на домаћем тржишту. Као остале користи од отворене привреде најчешће се наводе: већи асортиман добара; нижи трошкови услед економије обима; већи степен конкуренције; као и појачани проток идеја (трансфер технологије и слично).³⁵

3. Економске теорије о конкуренцији

Развој економске теорије о конкуренцији прати еволуцију економске теорије о тржишту. У том смислу, може се рећи да је први теоријски концепт конкуренције утемељен у радовима економиста Дејвида Хјума, Адама Фергусона и Адама Смита (1761, 1776).³⁶ Реч је о *класичној теорији* конкуренције, према којој је она схваћена као *начин координације појединачних понашања који је друштвено користан*. Попут „невидљиве руке“ (енг. „*an invisible hand*“), *конкуренција између појединаца мења индивидуални план понашања и подстиче оне активности које, у укупном збиру, доприносе увећању друштвеног богатства*.³⁷

Овако одређен појам конкуренције не зависи само од индивидуално предузетих радњи и њихове интеракције, које под утицајем *тржишних сила* доводе до опстанка најспособнијих (енг. „*survival-of-the-fittest*“). Класична економска теорија конкуренције признаје, наиме, потребу (необходност) да се деловање тржишних сила ограничи институционално-нормативним инструментима и моралним (друштвено прихватљивим, етичким) стандардима, чији је циљ спречавање повреде конкуренције и појавних облика нелојалне (неморалне) конкуренције.

Класични теоријски модел конкуренције претрпео је многобројне промене и тумачења, тако да у савременој економији не постоји јединствена теорија о конкуренцији, већ само мање или више прихваћени теоријски модели. Најутицајније међу њима су следеће теорије конкуренције: *неокласична теорија конкуренције, теорија оптималне конкуренције, Чикаго школа конкуренције, теорија такмичења*

³⁵ Видети, на пример, *Ibid*, ad 32 – *Principi ekonomije*, str. 189.

³⁶ Oliver Budzinski, „An Evolutionary Theory of Competition“ (Draft, February 2004), pp. 1.

³⁷ *Ibid*.

(тржишне утакмице), теорија игара, теорија нове институционалне економије (економије трошкова).

Разумевање основних принципа наведених теоријских модела конкуренције пружа увид у еволутивни процес развоја економске мисли о тржишту и конкуренцији. Тај процес није завршен, већ се и даље мења под утицајем теоретичара који конкуренцију поимају као *сазнајни (когнитивни) процес*, који доводи до непрекидног низа промена (иновације) и адаптације, односно, подражавања познатих, устаљених образаца понашања на тржишту.

3.1. Неокласична теорија конкуренције

Овај економски модел тржишта и конкуренције је настао седамдесетих година XIX века. Означава се још и као модел *слободне или савршене конкуренције*. Основне карактеристике тржишта слободне или савршене конкуренције су: 1) велики број продаваца и велики број купаца у размени, те њихово незнатно појединачно учешће у укупној понуди односно тражњи; 2) одсуство договора између њих о цени, условима продаје и слично; 3) хомогеност-истоветност производа (робе) код свих произвођача; 4) могућност супституције производа у потрошњи; 5) тржишна цена као дата величина за сваког произвођача; 6) неограничена могућност усељавања и исељавања капитала; 7) информисаност купаца и продаваца о понуди, тражњи и цени; 8) могућност брзог снабдевања робом свих делова тржишта; као и 9) немешање државе у процес репродукције.³⁸

У систему савршене конкуренције постоји *равнотежа* интереса и деловања свих појединачних учесника на тржишту. Наиме, сваки од њих предузима пословне активности у свом интересу, а да тиме не доводи у питање опстанак других учесника. Ову равнотежу омогућава *тржишна цена*, као дата величина за сваког произвођача, имајући у виду да ниједан од њих појединачно нема тржишну моћ која би му омогућила да утиче на структуру и динамику тржишта. Тржиште слободне, савршене конкуренције *не постоји у стварности, већ служи само као полазни теоријски модел у економској анализи.*³⁹

³⁸ Серјевић, Владимир, *Основи микроекономије*, СКЦ – Ниш, 2010, стр. 184-185.

³⁹ *Ibid.*

Антиномију тржишта савршене конкуренције представљају *монополско тржиште* и *тржиште ограничене или несавршене конкуренције*. Основне карактеристике *монополског тржишта* су: 1) само један продавац или купац у размени; односно, више продаваца или купаца, од којих један има доминантно учешће у понуди или тражњи; односно, велики број продаваца или купаца који споразумно регулишу размену на тржишту; 2) немогућност супституције производа у потрошњи; 3) индивидуално утврђивање понуде или тражње, односно цене; и 4) ограничена могућност усељавања капитала.⁴⁰

Тржиште ограничене или несавршене конкуренције одликује: 1) мањи број продаваца или купаца, тј. доминација олигопола на страни понуде или олигопсона на страни тражње; 2) диференцираност производа; 3) цена која се најчешће усклађује и није средство конкуренције; 4) одређени утицај државе на ток репродукције.⁴¹

Теоријски систем савршене конкуренције заснован је на концепту *равнотеже тржишних сила*, као економетријском (математичком) моделу. За разлику од класичне теорије конкуренције, *неокласични концепт* полази од *статичног, равнотежног стања конкуренције*, који је резултанта свих претходних динамичних интеракција појединачних пословних активности учесника на тржишту.

Практични значај ове теорије огледа се у чињеници да представља *полазни модел у економској анализи*, што је и данас чини *релевантном и актуелном*, нарочито у погледу *неокласичне теорије о цени*.

3.2. Теорија оптималне конкуренције

Класична теорија конкуренције, заснована на принципима либералног капитализма, напуштена је у периоду Велике депресије – прве глобалне финансијске кризе тридесетих година прошлог века. Криза је показала да принцип саморегулације тржишта (фр. *laisser-faire*) није у стању да доведе до оптималног остваривања социјалних и политичких циљева. Резултат је појава нових схватања о конкуренцији, као средству за постизање тих циљева.

Теоријски концепт *регулисаног (уређеног) тржишта* подразумева модел тзв. *оптималне конкуренције* (енг. „workable“ competition) по принципу: „структура –

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

понашање – резултат“ (енг. *SCP-paradigm*, „*Structure – Conduct – Performance*“). Носиоци нове теорије конкуренције су представници Харвардске школе. Незадовољни неокласичним концептом статичке ефикасности, они су прихватили чињеницу да је одређени степен концентрације тржишног удела учесника на тржишту неопходан услов инвестирања у истраживање и развој. У том смислу, теорија оптималне конкуренције представља средњи приступ између статичке и динамичке ефикасности.⁴²

У основи учења Харвардске школе је принцип *једносмерне, узрочно-последичне везе између*: 1) *структуре тржишта*; 2) *понашања тржишних учесника*; и 3) *тржишних резултата*.

Структура тржишта зависна је од следећих фактора: 1) броја добављача; 2) концентрације њихових тржишних удела; 3) степена различитости производа; 4) степена тржишне транспарентности; 5) врсте производне технологије у употреби; 6) значаја тржишних баријера; 7) фазе тржишта (ново тржиште, експанзивно тржиште, презасићено тржиште, тржиште у опадању); 8) степена вертикалне интеграције; 9) еластичности цене или дохотка, итд.⁴³

Понашање тржишних учесника опредељује пословна стратегија, а нарочито акти и радње одређивања *цене* производа, али и склоност појединих учесника да се понашају у складу са правилима конкуренције или супротно од њих (закључивањем споразума о ограничавању конкуренције).⁴⁴

Тржишни резултат се процењује путем цене, квалитета, количине, али и технолошког напретка и профитне стопе.⁴⁵

Оптимална конкуренција подразумева *структуру* тржишта која дозвољава *умерени степен концентрације*, уз истовремену *активну државну политику конкуренције којом се спречава прекомерна концентрација*. Циљ активне политике конкуренције је да спречи нарушавање статичке ефикасности тржишта, до које би могло доћи ако би учесници у концентрацији повећали цену изнад висине граничних трошкова производње (ради стицања монополског профита).

Теоријски модел оптималне конкуренције има неколико недостатака, који су могли бити превазиђени само новом теоријом. Међу најважнијим недостацима су: непостојање једносмерности утицаја структуре на понашање и понашања на резултат

⁴² Stefan Voigt and Andre Schmidt, *Making European Merger Policy More Predictable*, Springer, 2005, pp. 15.

⁴³ *Ibid.*, pp. 14.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

(дешава се и обрнути смер *повратног* утицаја); мали број пословних аката и радњи са недвосмислено корисним или штетним ефектом на конкуренцију (нпр. снижење цена може бити израз предаторске стратегије, али и знак оштре конкуренције); велики број критеријума за процену тржишног резултата; системска непредвидивост оптималног броја учесника на тржишту и њиховог оптималног понашања, и др.⁴⁶

Харвардска школа оптималне конкуренције је у пракси довела до интензивнијих интервенција државе на тржишту. Нове ситуације у односима између тржишних учесника често су погрешно тумачене као резултат монопола, чиме је потврђено да је *оптимални ниво примене* права конкуренције у складу са наведеним концептом *неостварив*.

3.3. Чикаго школа

Чикаго школа конкуренције је настала педесетих година прошлог века, и то из критике Харвардског учења о конкуренцији. Представници Чикаго школе су сматрали да је основни циљ политике конкуренције *ефикасност*, занемарујући притом улогу структуре тржишта. Супротно од основне поставке Харвардске школе (о одлучној улози структуре тржишта), ново учење оправдава постојање монопола на тржишту „*опстанком најспособнијег*“, заснованом на економији обима (енг. *economies of scale*) или уштеди трошкова (енг. *cost savings*). У складу са овом интерпретацијом монопола, представници Чикаго школе конкуренције се залажу за примену *per se* правила о заштити конкуренције (забраном рестриктивних облика понашања учесника на тржишту са *значајно великим* уделом на тржишту). Тачније, против су примене права конкуренције која почива на *тесту разумности* (енг. *rule-of-reason*), имајући у виду да не пружа потребан ниво предвидивости, односно правне сигурности учесника на тржишту.

Чикаго школа конкуренције препознаје три врсте чинилаца који имају ограничавајући ефекат на конкуренцију: 1) природна ограничења; 2) вештачка ограничења и 3) државна (административна) ограничења.⁴⁷ Природна ограничења везују се за природне карактеристике географског подручја релевантног тржишта. Вештачка ограничења конкуренције су она која намећу конкуренти, а опредељују их

⁴⁶ *Ibid*, pp. 16-17.

⁴⁷ *Ibid*, pp. 18.

индивидуални интереси учесника на тржишту. Представници Чикаго школе ова ограничења сматрају понашањем које је осуђено на неуспех (енг. „*foolish and self-defeating behavior*“), због чега не би требало да буде у средишту пажње политике конкуренције. Наиме, једини значајни утицај на конкуренцију имају *државна (административна) ограничења*, као што су царинске и нецаринске мере ограничења трговине, којима се домаћи произвођачи штите од конкуренције страних привредних субјеката на *равноправној основи*.⁴⁸ Отуда залагање представника овог теоријског модела конкуренције за укидање државних мера ограничења слободне трговине, и то не само царинских и нецаринских мера ограничења спољне трговине, већ и унутрашњих мера ограничења заснованих на неоправдано високим стандардима заштите здравља и безбедности (сигурности производа).

3.4. Теорија такмичења (тржишне утакмице)

Теорија такмичења (енг. „*contestability theory*“) почива на принципима сличним Чикаго школи конкуренције. Настала је почетком осамдесетих година прошлог века, а један од значајних представника је Вилјем Бомол (*William Baumol*).⁴⁹ Кључна улога нове теорије је у увођењу појма *потенцијалне конкуренције*, и то на следећи начин: *потенцијални (будући) конкурент, који представља основу претњу уласка на тржиште на брз и ефикасан начин уз минимум трошкова (енг. in a „hit-and-run“ tapper), доводи до ерозије (осипања) монополског профита садашњег монополисте или олигопола*.⁵⁰

Представници ове теорије су значај потенцијалне конкуренције истакли на примеру тзв. природних монопола. *Природни монопол (енг. „natural monopoly“)* постоји на тржишту са високим *фиксним трошковима*, што доводи до тога да се целокупна тражња може трошковно ефикасно задовољити само од стране једног добављача. Реч је, обично, о тржиштима са тзв. *мрежом* (енг. „*net*“, „*network*“), попут водовода или железнице.⁵¹

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 22.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 22.

⁵¹ Уобичајени модел оптималне цене у висини граничних трошкова производње *непримењив* је у односу на тржишта природних монопола или мреже. Накнада високих фиксних трошкова изградње мреже могућа је једино по цени производа у висини *просечних трошкова*, чије одређивање захтева увођење

За разлику од класичне теорије о потреби регулације и институционалне (државне) контроле понашања природног монополисте, представници теорије такмичења указују да је овај вид превенције злоупотребе мононола *сувишан* у случају постојања *потенцијалне конкуренције*. Потенцијални конкуренти представљају, по њима, оптималну меру притиска који спречава монополисту да цену производа повећа изнад висине просечних трошкова.

Значај теорије такмичења је у указивању на чињеницу да нека тржишта оправдавају постојање монопола, али и на потенцијал *дерегулације (либерализације)* тржишта телекомуникација, авионске индустрије, железнице и др. Притом, *структура* тржишта има занемарљив утицај на конкуренцију, *осим* у случају постојања значајних препрека уласку нових (потенцијалних) конкурената.⁵²

3.5. Теорија игара (нова индустријска организација)

У основи теорије игара (енг. „*game theory*“) и нове индустријске организације (енг. „*the new industrial organisation*“) јесте став да рационално понашање „*играча*“ има за циљ остваривање сопствене користи у највећој могућој мери (енг. „*individual utility maximisers*“). Оно што је корисно за појединца није, међутим, нужно корисно и за друштво у целини, при чему систем узајамних интеракција појединачних одлука и понашања учесника на тржишту („*играча*“) почива на *стратешкој неизвесности* (енг. „*strategic uncertainty*“).⁵³

За разлику од Харвардске школе конкуренције која је усмерена ка резултатима (енг. *outcome-oriented view of competition*), у средишту пажње теорије игара је *процес* конкуренције (енг. *process-oriented approach*). Прецизније, представници Харвардске школе конкуренције теже оптималној структури тржишта, док теорија игара (односно, теорија нове индустријске организације, као посебне гране) има за циљ да препозна и определи оптимална *правила игре (конкуренције)*. Познати заступник теорије нове индустријске организације Луј Флипс (*Louis Philips*) указао је, у вези са тим, да надлежни органи за заштиту конкуренције не треба да се баве друштвеним планирањем

регулације (државног интервенционизма) и институционалног надзора над понашањем природног монополисте.

⁵² *Ibid*, ad 42, pp. 24.

⁵³ *Ibid*, pp. 25.

(у чијој је основи модел савршене конкуренције и цене једнаке граничним трошковима производње), већ стварањем услова (креирањем правила игре/конкуренције) који доводе до оптималног интензитета конкуренције у датим околностима.

Дакле, оптимална *структура* тржишта и оптимална *цена* производа на тржишту *нису* предмет анализе представника теорије игара. Они, наиме, указују на чињеницу да већина тржишта има *структуру олигопола*. У таквим околностима, стратешки односи између учесника на тржишту имају битну улогу (енг. „*oligopolistic interdependency*“),⁵⁴ имајући у виду да резултати предузетих аката и радњи појединачних учесника зависе и од аката и радњи њихових конкурената. У основи те међузависности је напред поменута стратегијска неизвесност, као основна одлика олигополских тржишта.

Оптимални интензитет конкуренције у датим околностима тржишта приказује се путем модела тзв. Нешовог еквилибријума (енг. „*Nash-equilibrium*“). Овај модел равнотеже представља ситуацију у којој су сви учесници у „*игри*“ изабрали своје „*позезе*“ којих се држе, при чему ниједан од њих нема подстицај да једнострано одступи од усвојене стратегије, имајући у виду да га то не би довело у бољи положај у односу на друге играче.⁵⁵

Практични значај теорије игара је ограничен, а резултати њене примене непоуздани. Као један од основних недостатака теорије истиче се *ослањање на претпоставку разумности (рационалности)* учесника игре (енг. *rationality hypothesis*), иако многи од њих у стварности доносе одлуке на основу непотпуних, нејасних или једностранних (асиметричних) информација (енг. „*incomplete, imperfect or asymmetric information*“).

3.6. Нова институционална економија (економија трошкова трансакције)

Нова институционална економија (енг. „*New Institutional Economics*“) и, у оквиру ње, посебна економија трошкова трансакције (енг. „*Transaction Cost Economics*“), представљају *нов* приступ анализи тржишта и конкуренције. Најмање пет лауреата Нобелове награде за економију заступа тај теоријски приступ (*Kenneth Arrow, Ronald Coase, Friedrich Hayek, Douglass North, Herbert Simon*).⁵⁶

⁵⁴ *Ibid*, pp. 26.

⁵⁵ *Ibid*, pp. 25.

⁵⁶ *Ibid*, pp. 28.

За разлику од претходних теоријских модела тржишта и конкуренције, економија трошкова трансакције нема примарни циљ да утврђује оптималну структуру тржишта, већ *оптималну управљачку структуру институција*, уз помоћ појма „*трошкови трансакције*“ и редефинисаног појма *ефикасности*.

Привредни субјекти остварују међусобну *размену* на тржишту,⁵⁷ и то на различите организационе начине: од непосредне купопродаје (енг. „*spot market transaction*“), преко одређених мешовитих облика трансакције (дугорочни уговори, споразуми о франшизингу и др), до хијерархијски уређених компанија (енг. „*a hierarchical firm*“). Циљ економије трошкова трансакције је да укаже које су од наведених врста управљачких структура *оптималне* у датим тржишним условима, у смислу смањења трошкова трансакције, схваћених као „*трошкова коришћења тржишта*“, односно, као редефинисане *ефикасности* привредних субјеката.

Трансакција је, дакле, инструмент размене између привредних субјеката. *Трошкови трансакције* су „*трошкови употребе тржишта*“. ⁵⁸ Постоји више *врста* трансакционих трошкова: 1) трошкови налажења партнера у размени и прибављања информација о квалитету производа који они нуде, као и о њиховој поузданости; 2) трошкови закључења уговора, тј. трошкови преговарања и доношења одлуке; 3) трошкови контроле испуњавања уговорних обавеза од стране партнера у размени; и 4) трошкови примене уговорених услова, као што су, на пример, трошкови адвоката и судски трошкови.⁵⁹

Економске институције, као организационе и управљачке структуре, имају за циљ смањивање трошкова трансакције (коришћења тржишта). У том смислу, *монополи и баријере уласку на тржиште* не представљају нужно повреду конкуренције. Наиме, уколико такве појаве на тржишту доприносе повећању ефикасности, схваћене у смислу смањења трошкова трансакције, онда њихово присуство не треба квалификовати као повреду или нарушавање конкуренције. Ово, наравно, уколико се у датим тржишним

⁵⁷ Цит. „Размена је једна од фаза процеса репродукције у условима друштвене поделе рада. Она претходи појединим облицима расподеле. Такође, она је и облик расподеле. Са њом се врши примарна расподела домаћег бруто производа и националног дохотка између робних произвођача и појединих робних делатности.“ – наведено према: Владимир Серјевић, *Основи микроекономије*, СКЦ, Ниш, 2010, стр. 183.

⁵⁸ Coase, 1937 – наведено према: Stefan Voigt and Andre Schmidt, *Making European Merger Policy More Predictable*, Springer, 2005, pp. 31.

⁵⁹ *Ibid*, ad 42, pp. 29.

околностима не докаже да *постоји боља структура (организација) која би се могла применити уз разумне трошкове.*⁶⁰

Основна претпоставка економије трошкова трансакције је да *посебне карактеристике релевантних трансакција одређују оптималну управљачку структуру.* У том смислу, *Williamson* анализира ефекте три основне врсте чинилаца који опредељују врсту трансакција, и то: 1) посебност структуре капитала и имовине (енг. „*asset specificity*“); 2) степен неизвесности тј. непредвидивости (енг. „*the degree of uncertainty*“); и 3) учесталост релевантних трансакција (енг. „*the frequency*“). Претпоставка је да потреба за *већом интеграцијом* постоји у случају већег удела специфичних средстава, као и веће непредвидивости и учесталости трансакција. Поред наведених чинилаца који утичу на висину трошкова трансакције, на *оптималну величину фирме* утичу и трошкови организације (енг. *organisation costs*). Притом, претпоставка је да мањи трошкови организације доводе до *повећања* оптималне величине фирме, као и да мањи трошкови трансакције *смањују* оптималну величину организационе структуре (фирме).⁶¹

IV

ПРОБЛЕМИ САВРЕМЕНЕ МЕЂУНАРОДНЕ ТРГОВИНЕ И КОНКУРЕНТНОСТ

1. Либерализација светског тржишта и конкуренција

Право и политика међународне трговине и међународне конкуренције доприносе остваривању заједничког циља – *ефикасности економије*. Тачније, теже оптималној расподели производних ресурса, повећању продуктивности производње и повећању конкурентности, као и преливању остварених користи на потрошаче, растом животног стандарда становништва и повећањем стопе запослености.

Иако, уопштено гледајући, право и политика међународне трговине, с једне стране, и међународне конкуренције, с друге стране, имају *исте*, напред наведене

⁶⁰ Williamson (1996, 282) – наведено према: *Ibid*, ad 42, pp. 34.

⁶¹ *Ibid*, ad 42, pp. 31.

опште циљеве, *механизми остваривања* тих циљева се битно разликују. Међународни трговински односи се уређују на нивоу мултилатералних, регионалних и билатералних међудржавних преговора и правних аката. Овим актима, а пре свега, правним актима у оквиру Споразума о оснивању Светске трговинске организације, створен је институционални и политичко-правни систем међународне привреде на принципима тзв. „Вашингтонског консензуса“ (енг. „*Washington Consensus*“): „*либерализација, приватизација и фискална дисциплина*“ (енг. „*liberalization, privatization and fiscal austerity*“).⁶²

Либерализација тржишта је основни предуслов за остваривање оптималне конкуренције на националном и међународном тржишту. Она подразумева *укидање и значајно ублажавање државних мера ограничавања прекограничне размене производа (робе и услуга) и капитала*. У том смислу, либерализација тржишта је и основни аспект глобализације светске привреде, до које долази укидањем и смањењем царина, увозних и извозних квота, али и избегавањем увођења и оптималним ограничавањем постојећих нецаринских мера заштите домаће привреде.

Приватизација се намеће као основни инструмент оптималне конкуренције на унутрашњем тржишту државе. *Прво*, она омогућава инвестиције *приватног капитала* у привредне активности, што уз одсуство или минимум државног интервенционизма доприноси стварању поштене тржишне утакмице између привредних субјеката. *Друго*, приватизација националног тржишта државе која је свој спољнотрговински правни режим (истовремено или након приватизације) прилагодила захтевима либерализације, омогућава приступ страних компанија и инвестиција. Процес приватизације подразумева повлачење државног капитала из привреде, као и уздржавање од примене државних мера интервенције на тржишту, са циљем стварања тржишне привреде засноване на политичким принципима либералне демократије. Крајњи циљ је унапређење конкуренције између домаћих привредних субјеката и повећање њихове продуктивности, што доприноси *јачању конкурентности нације*.

Фискална дисциплина подразумева скуп макроекономских мера за обезбеђење сигурности финансијског система, остваривањем равнотеже између јавних прихода и расхода, равнотеже спољнотрговинског биланса, као и ограничавањем горње границе

⁶² Више о Вашингтонском консензусу и његовим последицама, видети у: Joseph Stiglitz, *Globalization and Its Discontents*, Penguin Books, 2002, pp. 16, 53-54, 67; Joseph Stiglitz, *Making Globalization Work*, Penguin Books, 2006, pp. 16-17, 47-48, 277.

јавног дуга у односу на домаћи бруто производ. Недостатак финансијских средстава неразвијених држава и држава у транзицији, као и наметнута ограничења и услови употребе страних кредита (посебно, зајмова IMF-а и Светске банке), разлози су који, у значајној мери, спречавају примену макроекономске политике у интересу развоја конкурентности домаће привреде.

2. Комплементарност и противуречности између политике и права међународне трговине и политике и права међународне конкуренције

Конкуренција на унутрашњем тржишту између домаћих компанија, као и између иностраних и домаћих компанија, односно њихових производа, треба да унапреди *ефикасност* домаћег привредног система. У таквом систему, држава треба да обезбеди правне и институционалне механизме за заштиту конкуренције. То се постиже *политиком и правом заштите конкуренције*, чији су основни циљеви спречавање и кажњавање појаве *приватних* аката и радњи привредних и других субјеката којима се битно нарушава, спречава или ограничава конкуренција на унутрашњем тржишту.

Наведено указује на *комплементарност* између политике и права међународне трговине и међународне конкуренције, с обзиром на потенцијалну опасност замене укинутих *државних* мера ограничавања међународне трговине *приватним* актима и радњама ограничавања конкуренције.

С друге стране, истовременост процеса приватизације и либерализације тржишта омогућава конкуренцију између домаћих и страних привредних субјеката. Познати економски стручњаци упозоравају да процес приватизације треба спровести *пре* либерализације спољнотрговинског режима држава у развоју и транзицији, како би домаћи привредни субјекти успешним пословањем ојачали домаћу привреду и припремили је за инострану конкуренцију. Супротно поступање (истовремено и стихијско спровођење приватизације *и* либерализације) може довести до озбиљних *противуречности* у процесу глобализације, стварањем погодних услова за развој *међународне конкуренције у корист иностраних компанија, а на штету домаће привреде и конкурентности нације у међународној трговини*. Наиме, иако Међународни монетарни фонд намеће државама модел развоја по принципу Вашингтонског консензуса, приметно је да је тај модел већину земаља довео у положај

трајне зависности од иностраних извора финансирања, а тиме и политичке моћи и утицаја развијених држава.

Са *општег* аспекта, осим *приватних* мера ограничавања међународне трговине, остваривање тековина либерализације тржишта могу да доведу у питање и друге, мање очигледне *државне* мере заштите домаће привреде, као и акти и радње *мешовитог* карактера (акти и радње приватних субјеката, подржани или наметнути од стране органа државне власти).

Државне мере заштите домаће привреде које *нису забрањене* у систему међународних трговинских односа, а које свеједно доводе до ограничавања међународне конкуренције, потврђују да, осим *комплементарности*, између права међународне трговине и права међународне конкуренције постоје и озбиљни конфликти и *противуречности*. Државне трговинске мере које својим ефектима доводе до нарушавања међународне конкуренције могу се поделити у три групе: а) државне мере *унутрашње* примене (енг. „*trade measures with domestic application*“); б) државне мере *прекограничне* примене (енг. „*trade measures with international application*“); и в) *комерцијалне активности* државе и њених органа (енг. „*commercial activities by governments that have a significant trade policy component*“).⁶³

2.1. Државне трговинске мере унутрашње примене

а. Извозни картели

Примери државних мера унутрашњег карактера и примене су: политика и право подршке извозним картелима (енг. *export cartel policies*) и тржишно оријентисана економска политика (енг. *trade-oriented industrial policies*). *Извозни картели* представљају споразуме два или више извозника са циљем оптималне производње и пласмана производа на иностраном тржишту. У том смислу, они могу имати и позитивне, али и негативне ефекте на међународну конкуренцију. Позитивни ефекти се остварују у случају извозних картела *малих и средњих привредних субјеката који немају значајан удео на регионалном или светском тржишту истих или заменљивих производа*. Заједничким наступањем на иностраном тржишту, ови субјекти постижу

⁶³ Martyn D. Taylor, *International Competition Law – A New Dimension for the WTO?*, Cambridge University Press, 2006, pp. 226.

потребан ниво *економије обима*, неопходан за успешан пласман производа, као и уштеду трошкова концентрацијом ресурса и поделом ризика.⁶⁴ С друге стране, извозни картели привредних субјеката са значајним уделом на регионалном и светском тржишту (претежно субјеката са седиштем у развијеним државама) могу да доведу до нарушавања међународне конкуренције, увећавањем произвођачког вишка држава извозница на рачун потрошача држава увозница.

Значајан број држава, међу којима и Сједињене Америчке Државе и друге развијене земље, имају *законе* којима су извозни картели *изричито изузети од примене права конкуренције*. У том смислу, ови закони се могу сматрати *државном трговинском мером*, уколико извозни картели садрже *споразум о извозним квотама учесника картела*. Иако је одредбом члана XI:1 ГАТТ-а забрањено увођење квантитативних ограничења увоза и извоза, њена примена у WTO споровима остаје *изван домаћаја извозних картела*. С друге стране, не постоји ни могућност екстратериторијалне примене домаћег права конкуренције државе увоза, усмерене против извозних картела који се позивају на имунитет и заштиту правног поретка државе извоза (енг. „*act-of-state*“ and „*government compulsion defences*“).⁶⁵

б. Тржишно усмерена економска политика

Тржишно усмерена економска политика подразумева скуп државних мера за промену привредне структуре у циљу подстицаја раста заснованог на продуктивности.⁶⁶ Оваква политика нужно подразумева мере интервенције на тржишту, које су по својој природи протекционистичке. Најзначајније су: мере супституције увоза (енг. „*import substitution policies*“) и мере подстицаја извоза (енг. „*export promotion policies*“).

Иако је протекционизам домаће привреде супротан основним начелима либерализације и недискриминације, на којима почива Светска трговинска организација, постоји могућност пажљивог избора мера које нису у супротности са WTO правним актима. То су, пре свега, следеће мере: финансијски и инвестициони

⁶⁴ *Ibid*, pp. 233.

⁶⁵ *Ibid*, pp. 235. Више о инструментима који пружају имунитет од примене права конкуренције, видети у: Chris Noonan, *The Emerging Principles of International Competition Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 299-349.

⁶⁶ World Bank, *The East Asian Miracle: Economic Growth & Public Policy – A World Bank Policy Research Report* (OUP, New York 1993), p. 293 – наведено према: *Ibid*, ad 63, pp. 237.

подстицаји, слободне царинске зоне, антидампиншке мере, мере заштите од прекомерног увоза, мере ангажовања локалних произвођача, незабрањене („зелене“) субвенције, инструменти заштите спољнотрговинског биланса у складу са одредбама о изузимању од примене WTO обавеза.⁶⁷

Ради се, дакле, о мерама тржишне политике којима се ограничава достигнути ниво либерализације мултилатералних трговинских односа, са циљем унапређења продуктивности домаће привреде и повећања конкурентности нације на међународном тржишту. Подстицајни карактер ових мера подразумева извесно одступање од принципа недискриминације у међународној трговини, тачније, од принципа најповлашћеније нације и националног третмана. То одступање доводи и до ограничавања међународне конкуренције, имајући у виду да неке подстицајне мере имају *локални садржај* (енг. „*local content policies*“), што представља извесно *условљавање* иностраних инвеститора и улагача. Поред тога, подстицајне мере привредног развоја могу и *ex lege* давати предност домаћим привредним субјектима у односу на иностране (нпр. у оквиру програма државне помоћи, одн. субвенција).

2.2. Државне трговинске мере прекограничне примене

а. Добровољно ограничавање извоза

(енг. *Voluntary export restraints – VERs*)

Овде је реч о инструменту ограничавања извоза, који је *изричито забрањен* тек 1994. године, усвајањем WTO Споразума о заштитним мерама (енг. *WTO Safeguards Agreement*).⁶⁸ Ради се о мери државног интервенционизма наметањем услова државе увоза извозницима друге државе, у оквиру билатералних трговинских преговора две државе. Циљ тих преговора је да држава извоза *прихвати* предлог државе увоза за ограничавање количине производа који се извозе у ту државу, за одређени временски

⁶⁷ *Ibid*, ad 63, pp. 239.

⁶⁸ Одредбом члана 11:1(b) WTO Споразума о заштитним мерама прописано је да државе чланице „*неће захтевати, прихватити или одржавати било која добровољна ограничења извоза, договоре о организацији тржишта или сличне мере, било на извозној, или увозној страни*“ (прев. аутор). *Cit.* „... not to seek, take or maintain any voluntary export restraints, orderly marketing arrangements or any other similar measures on the export or import side“. Увођење ове, или сличне мере ограничења увоза могуће је једино у случају наступања значајне штете за домаћу привреду, или у случају постојања непосредне опасности њеног наступања изненадним и прекомерним повећањем увоза (уз ограничење времена трајања мере на четири године и обавезу одобравања компензације држави извоза).

период. „Добровољност“ у називу мере односи се на *билатерални споразум* између државе увоза и економски слабије државе извоза, или на *споразум* између државе увоза и привредника државе извоза, мада се често закључују обе врсте споразума.⁶⁹ У сваком случају, није реч о правој *добровољности*, већ о наметнутом ограничавању извозних привредних активности у односу на државу увоза, и то уз изричиту или прећутну претњу трговинским или економским санкцијама.⁷⁰ Наметнута *сагласност* државе извоза и њених извозника, потписивањем ове врсте споразума, пружала је *имунитет* од ефективне примене одредбе ГАТТ споразума о забрани квантитативних ограничења увоза и извоза. Тачније, предметна државна мера заштите домаће привреде представљала је *sui generis* злоупотребу успостављеног система спољнотрговинских односа у оквирима ГАТТ-а, односно, инструмент избегавања примене његових правила.

Наведена врста споразума је често произвођила негативне последице на домаћу конкуренцију државе увоза, али и на међународну конкуренцију. Једна од последица је стварање услова за појаву картела између произвођача државе увоза и произвођача државе извоза, а тиме и за споразумно повећање цене производа у питању. И поред тога, ова и друге повреде конкуренције, настале као последица VERs споразума, остајале су изван домашаја примене домаћег права конкуренције, изричитим изузимањем од примене закона, или истицањем приговора акта државе или принуде извршне власти (енг. „*act of state*“ and „*government compulsion*“ defences).

б. Добровољно повећање увоза
(енг. *Voluntary import expansions – VIEs*)

Добровољно повећање увоза је трговинска мера која, за разлику од претходне, има *инвазивни* карактер, јер подразумева обећање економски слабије државе увоза (под

⁶⁹ Ова врста споразума је примењивана у случајевима пораста обима увоза одређених, стратешки важних производа, са циљем враћања на претходни ниво увоза (пре повећања). Најчешће их је закључивала влада Сједињених Америчких Држава, још од '30-тих година прошлог века. Први споразум је закључен за време Председника Линдона Џонсона, као одговор на пораст увоза челика. Касније су их САД највише примењивале у трговинским односима са Јапаном и Јужном Корејом, и то у односу на различите врсте производа (текстил, обућа, челик, машински алати, аутомобили). Наведено према: *Ibid*, ad 63, pp. 242.

⁷⁰ *Ibid*, pp. 241.

претњом трговинских санкција) да ће омогућити извозницима економски моћне државе извоза да реализују одређени тржишни удео на домаћем тржишту државе увоза.⁷¹

Све напред наведено у вези трговинске мере добровољног ограничења извоза односи се и на добровољно повећање увоза, имајући у виду да је реч о *инверзним* мерама, са истим или сличним ефектима на међународну трговину и конкуренцију.

2.3. Комерцијалне активности државе и њених органа

Овде је реч о активностима које држава предузима *ex iure gestionis*, непосредним учествовањем у привредним активностима, било као купац (у поступку јавних набавки), или као произвођач и трговац (на нивоу предузећа у искључивом или већинском власништву државе, или под контролним утицајем државе).

а. Јавне набавке

Јавне набавке представљају правно и институционално организован поступак закључења уговора о куповини робе и услуга, код којих се *држава* појављује у својству купца. Циљ јавних набавки је снабдевање државних органа и институција потребним производима, као и реализација предвиђених пројеката изградње инфраструктуре и других послова од општег, односно јавног интереса. Овај поступак је, у већој или мањој мери, децентрализован, тако да подразумева и јавне набавке на нивоу територијалних јединица државне власти (градова, општина).

Упоредни и статистички приказ висине трошкова јавних набавки показује значајно захватање бруто домаћег производа.⁷² Ова чињеница указује на постојање *тржишне моћи* државе на домаћем или, чак, на међународном тржишту производа који су предмет набавке. Отуд и њен потенцијал да *утиче на структуру и динамику тржишта, као и на конкуренцију*, али и потенцијална опасност повреде принципа недискриминације (нпр. давањем повлашћеног положаја домаћим понуђачима у односу на стране). Повреда принципа националног третмана у поступку јавне набавке остаје, међутим, *изван* домашаја WTO правила, с обзиром на *изричито изузимање* од примене

⁷¹ *Ibid*, pp. 247.

⁷² То захватање износи готово 20 % ДБП Сједињених Америчких Држава, док у земљама транзиције достиже и 50 % ДБП – наведено према: William E. Kovacic, „Competition Policy, Consumer Protection, and Economic Disadvantage“, *Journal of Law & Policy*, Vol. 25:101, 2007, pp. 105.

у одредби члана III:8 GATT и члана XIII:1 GATS.⁷³ У оквиру Уругвајске рунде преговора закључен је 1996. године *плурилатерални* Споразум о јавним набавкама. Иако је приступ акту *добровољан*, приметан је утицај и притисак одређене групе држава чланица WTO за приступање Споразуму, у оквиру преговора за одобрење трговинских повластица.

Поред тога, развијене државе користе финансијску зависност држава у развоју и, нарочито, држава у транзицији, тако што одобравање кредита или осигурање инвестиције *условљавају* поверавањем грађевинских и других радова и услуга иностраним привредним субјектима. Овакви акти повреде конкуренције, често остају и изван домашаја примене права конкуренције, услед изричитог изузимања од примене закона, или због позивања на имунитет истицањем приговора државне принуде.⁷⁴

б. Државна предузећа

Утицај државних предузећа на међународну трговину и конкуренцију није занемарљив. Ради се о предузећима са потпуним или контролним уделом државе у основном капиталу, или о предузећима у којима држава остварује ефективну контролу пословања, путем квалификованог права гласа или права вета на одлуке управног одбора.

Државна предузећа често имају *законом одобрен* статус монопола на домаћем тржишту, чији профит обезбеђује стабилност јавних прихода (енг. „*revenue producing monopoly*“). Поред тога, државним предузећима може бити одобрен статус *искључивог (ексклузивног) увозника или извозника*, што отвара могућност злоупотребе доминантног положаја на међународном тржишту.

Поред *монопола* у производњи и спољнотрговинском промету, државна предузећа могу пословати у истој делатности на домаћем тржишту са извесним, ограниченим бројем других привредних субјеката. Овим учесницима на тржишту држава може одобрити статус *повлашћених* привредних субјеката, преко *специјалних права и привилегија*. Поред тога, држава може примењивати и прикривене мере

⁷³ Споразум о јавним набавкама је закључен у оквиру Токијске рунде преговора чланица GATT-а 1979. године, али је услед великог броја предвиђених изузетака од примене принципа националног третмана остао без значајнијег утицаја.

⁷⁴ *Ibid*, ad 63, pp. 253.

ограничавања конкуренције на тржишту на коме послује предузеће у њеном власништву.

Глобализација финансијског тржишта допринела је појави нових облика државних предузећа са значајним могућностима утицаја на токове међународних инвестиција, али и шпекулативних удара на економију појединих држава. Ова предузећа су, често, организована по моделу инвестиционих фондова најбогатијих држава света (енг. „*sovereign investment fund*“, „*sovereign wealth fund*“), пре свега, оних држава које остварују суфицит у спољнотрговинској размени на међународном тржишту. Пословање државних инвестиционих фондова није уређено на мултилатералном нивоу, што уз значајно присуство нетранспарентности (под изговором тајности државних и пословних података) може послужити као инструмент за остваривање *геополитичког утицаја*.

У мери у којој државни инвестициони фондови послују *отворено*, обавезни су да поштују WTO обавезе као и сва друга државна предузећа. Тачније, њихово пословање, услед одлучујућег уплива државне администрације, сматра се *државном мером*, подложном примени WTO споразума, пре свега, примени одредбе члана XVII ГАТТ-а. У том смислу, она су дужна да у пословању поштују принципе недискриминације; одлуке о куповини и продаји производа треба да доносе у складу са тржишним условима, неограничавајући конкуренцију предузећа са седиштем и пословним активностима у другим државама WTO; обавезна су да секретаријату WTO доставе одређене податке о својим активностима, у циљу обезбеђења веће транспарентности деловања, уз поштовање права на заштиту пословне тајне или јавног интереса.

У истим границама, против државних предузећа могуће је *de lege* покренути и поступак због повреде конкуренције, имајући у виду тренд прогресивног укидања одредби о њиховом изузимању од примене закона за заштиту конкуренције. *De facto* примена права конкуренције у односу на државна предузећа је практично немогућа, како због одсуства интереса саме државе, тако и због приговора акта државе или принуде у покренутим поступцима пред надлежним органима других држава (у случајевима екстратериторијалне примене права).

3. Положај држава у развоју у систему међународних трговинских односа

Либерализација светске трговине, заснована на принципима Општег споразума о царинама и трговини из 1947. године (GATT 1947), није довела до очекиваних резултата у односу на земље у развоју. Иако се од ових држава у преговорима о трговинским концесијама (укидању и смањењу царина и других ограничења трговине на принципу „*најповлашћеније нације*“) није очекивао пун реципроцитет, већ „*мање од пуног реципроцитета*“ (енг. „*less-than-full-reciprocity*“), емпиријске анализе извозних резултата групе неразвијених и држава у развоју показале су да је такав *преференцијални положај* имао више *политички, него економски значај*.⁷⁵ Наиме, изван преговора о концесијама остала је већина производа од извозног значаја за државе у развоју.

Специјални и преференцијални третман (енг. „*special and differential treatment*“, „*S&D treatment*“) јесте појам који одређује *посебан* положај држава у развоју у новом систему трговинских односа, обележеном прогресивном либерализацијом. Осим претходно поменутог принципа асиметричности („*мање од пуног реципроцитета*“), S&D третман је подразумевао и повлашћени положај у погледу отварања тржишта развијених држава за увоз из неразвијених и држава у развоју (енг. *market access*), као дозвољеног одступања од обавезе поштовања принципа „*најповлашћеније нације*“ (енг. „*most-favored-nation principle*“, „*MFN*“).⁷⁶

Поред тога, S&D третман држава у развоју у оквиру GATT-а подразумевао је и повлашћене услове за одступање од дисциплина и обавеза предвиђених GATT споразумом (у циљу заштите домаће индустрије у развоју и спољнотрговинског биланса).⁷⁷

⁷⁵ Chantal Thomas and Joel P. Trachtman ed., *Developing Countries in the WTO Legal System*, („Editors' Introduction“), Oxford University Press, pp. 4.

⁷⁶ Ниже царинске стопе за увозне производе из држава у развоју биле су предмет посебних преговора у оквиру тзв. Општег система преференцијала (енг. „*Generalized System of Preferences*“, „*GSP*“).

⁷⁷ То се, пре свега, односило на одредбе члана XII и члана XVIII GATT-а о заштити спољнотрговинског биланса (енг. „*balance-of-payment*“). Искуство је, међутим, и овде показало да привредни сектори заштићени високим увозним царинама нису постизали конкурентност на међународном тржишту, као и да су проблеми са спољнотрговинским билансом ефикасније решавани фискалним и монетарним инструментима, него трговинским мерама и мерама контроле девизне размене (видети: M. Pangestu, „Special and Differential Treatment in the Millenium: Special for Whom and How Different? (2000) 23(9) W Econ 1285,1289; J Bhagwati, *Anatomy and Consequences of Exchange Control Regimes*, New York: National Bureau of Economic Research, 1978) – наведено према: *Ibid*, ad 75, pp. 331 (f.n. 29,30).

Економске анализе практичних ефеката *S&D* третмана држава у развоју показале су, међутим, да су у оквиру GSP система преференцијала остварени *ограничени* позитивни резултати,⁷⁸ као и да су *оптиши* ефекти тог третмана више него незадовољавајући, па чак и неповољни за државе у развоју.⁷⁹

Напредак у економском положају држава у развоју на светском тржишту није се остварио ни након Уругвајске рунде преговора и оснивања Светске трговинске организације.⁸⁰ Принцип асиметричности је напуштен или је значајно модификован током Уругвајских преговора.⁸¹ Такође, ограничен је и преференцијални приступ тржишту за земље у развоју, а умањене су и могућности за примену заштитних мера у циљу постизања платно-билансне равнотеже.⁸²

S&D третман држава у развоју добио је сасвим ново значење у мултилатералном систему трговинских односа под окриљем Светске трговинске организације. Наиме, систем привилегија, олакшица и имунитета је у великој мери замењен чврстим обавезама чија се примена у *правно утемељеном* поретку WTO обезбеђује и путем механизма за решавање спорова између држава чланица. Техничка помоћ (енг. „*technical assistance*“) у испуњавању предвиђених обавеза, као и дужи рокови за њихову имплементацију, тј. почетак примене (енг. „*implementation and transition periods*“) практично су једине преостале повластице у оквиру *S&D* третмана држава у развоју.

Осим тога, поред ранијих обавеза предвиђених GATT 1947 споразумом, државе у развоју су преузеле и обавезе из нових споразума, усвојених током Уругвајске рунде

⁷⁸ Значај и ефекте GSP система преференцијала додатно су угрозили споразуми о слободној трговини и царинске уније.

⁷⁹ Robert Hudec, *Developing Countries in the GATT Legal System* (Aldershot: Gower, for the Trade Policy Research Center, 1987) – наведено према: *Ibid*, ad 75, pp. 2.

Подаци показују да је до '80-тих година прошлог века утицај тзв. ескалационих царина (енг. *tariff escalation*) – царина чија стопа расте са степеном обраде примарних производа – спречавао улазак држава у развоју на светско тржиште прерађених производа. Штавише, последице ових царина су биле управо супротне, на шта указују подаци да је удео држава у развоју у светском извозу прерађених пољопривредних производа спао са 27% у периоду 1981-1990 на 25% у периоду 1991-2000. Удео најмање развијених држава (енг. „*least-developed countries*“, „*LDCs*“) у извозу прерађених пољопривредних производа спао је са 0,7 на 0,3% у истом периоду. (Видети: N Elamin and H Khaira, „*Tariff Escalation in Agricultural Commodity Markets*“, Food and Agriculture Organization (FAO), Rome 2003, 102; H Nottage, „*Trade and Competition in the WTO: Pondering the Applicability of Special and Differential Treatment*“ (2003) 6(I) *JIEL* 23, 28) – наведено према: *Ibid*, ad 75, pp. 331 (f.n. 32, 33).

⁸⁰ Изузетак представља мањи број држава у развоју које су оствариле значајнији економски напредак (Кина, Индија, Бразил, Русија).

⁸¹ *Ibid*, ad 75, pp. 8.

⁸² То је учињено новим споразумом о примени одредаба о платном билансу – *Uruguay Round Understanding on Balance-of-Payments Provisions*.

преговора, које је требало да допринесу либерализацији тржишта услуга,⁸³ директних страних инвестиција,⁸⁴ заштити права интелектуалне својине,⁸⁵ као и укидању преосталих нецаринских мера ограничења слободне трговине.⁸⁶

S&D третман држава у развоју је *поново* актуелизован у оквиру Светске трговинске организације већ 1999. године, када је постало очигледно да су споразуми донети током Уругвајске рунде преговора асиметрични у *корист развијених*, као и да би требало успоставити *равнотежу* (енг. „*rebalancing*“) односа између развијених и држава у развоју *пре почетка нових преговора*.⁸⁷ Преговори у оквиру „*Доха-агенде за развој*“ (енг. '*Doha Development Agenda*') још увек нису постигли очекиване резултате, услед немогућности развијених држава и држава у развоју да успоставе праву меру равнотеже између својих супротстављених интереса.

⁸³ *General Agreement on Tariffs and Trade: Multilateral Trade Negotiation Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Trade Negotiations*, Annex IB, *General Agreement on Trade in Services ('GATS')*.

⁸⁴ *Agreement on Trade-Related Investment Measures ('TRIMs')*.

⁸⁵ *World Trade Organization Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights ('TRIPs')*, 15 April 1994, *Marrakech Agreement Establishing the World Trade Organization*, Annex IC.

⁸⁶ *Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures ('SPS')*; *Agreement on Technical Barriers to Trade ('TBT')*; *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures ('SCM')*.

⁸⁷ *Ibid*, ad 75, pp. 90-91. Видети: World Trade Organization, 'Ministerial Conference Fourth Session, Doha, 9-14 November 2001 Ministerial Declaration' (20 November 2001) WT/MIN(01)/DEC/L.

П Р В И Д Е О

ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ

У НАЦИОНАЛНИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА

УВОД

У уводном делу рада дате су дефиниције појма права конкуренције, међународне заштите конкуренције и међународног права конкуренције, заједно са дефиницијама основних појмова који служе практичној операционализацији предмета и циљева права конкуренције.

Такође је дат приказ циљева и структуре права конкуренције, с посебним освртом на процесно-институционални оквир примене тог права. Из ових, уводних излагања могло се закључити да упознавање са националним законима за заштиту конкуренције представља полазну основу за изучавање феномена заштите конкуренције у међународној трговини. У том смислу, корисно је и потребно упознавање са националним правним системима заштите конкуренције у земљама са дугом традицијом и утемељеном праксом у примени права конкуренције. Ова сазнања имају карактер претходног и помоћног истраживања у односу на главну тему дисертације, иако су са њом нераскидиво повезана. Посебно, ако се има у виду да у садашњем тренутку не постоји хармонизовани систем међународног права конкуренције у спољнотрговинским односима. Процес хармонизације овог права је у току и указује на нужност истраживања интеракције између међународне трговине и међународне конкуренције привредних субјеката, али и на нужност истраживања заједничких полазних основа у великом броју разуђених националних система у области политике и права конкуренције.

Поред тога, упознавање са правом конкуренције у развијеним државама доприноси бољој упоредној анализи стања и потенцијала домаћег права конкуренције, за које можемо рећи да је у зачетку. То, даље, доприноси и бољој сарадњи наше државе са другим земљама у спречавању и кажњавању уочених повреда конкуренције у међународној трговини, и то не само у традиционалним оквирима међународне правне помоћи и билатералне сарадње, већ и у оквиру институционалне сарадње на конференцијама и радионицама Међународне мреже за заштиту конкуренције (енг. *International Competition Network, ICN*).

Овај део рада подељен је у четири тематске целине, према одабиру држава чије је право конкуренције предмет истраживања, и то: Сједињених Америчких Држава, Велике Британије, Немачке и Словеније. Право конкуренције Словеније је усаглашено

са правом Европске уније, те – иако нема корене у правној традицији некадашње заједничке државе (СФРЈ) – може послужити као адекватан упоредни модел у анализи стања и перспектива даљег развоја права конкуренције у Србији, посебно у контексту спровођења Споразума о сарадњи и придруживању, на путу Србије за пријем у чланство Европске уније.

1. Сједињене Америчке Државе

1.1. Шерманов закон

Први и основни, односно најзначајнији правни акт у америчком антимонополском праву (antitrust law) јесте **Шерманов закон из 1890. године**.¹ Овај, као и остали закони из области заштите конкуренције који су предмет разматрања у раду, забрањују рестриктивне облике понашања пословних субјеката у трговинској и привредној размени између федералних јединица САД, као и у спољнотрговинској размени.² Реч је, заправо, о федералним (савезним) законима, као својеврсној повељи слободе привређивања, утемељеној на одредби Члана 1 став 8 Устава САД. Конгрес је, након усвајања одређених амандмана на предлог закона сенатора Шермана, развијао и усавршавао корпус правила о забрани нарушавања конкуренције, у складу са Уставом датим овлашћењима да уређује питања из области међудржавних и спољнотрговинских привредних односа. У неким од првих спорова због повреде конкуренције, постављено је питање уставности Шермановог закона, уз образложење да се њиме нарушава неotuђивост приватне својине и слободе уговорног располагања приватним добрима.³ У вези са односом надлежности федералних власти и власти федералних јединица, треба напоменути да на нивоу федералних јединица постоје тзв. „мали Шермани“, „мали Клејтони“, и тако даље, односно готово идентични законски акти онима на савезном нивоу. Њихова примена је ограничена само на оне облике рестриктивних понашања чији се ефекти остварују на локалном нивоу, или на територији једне федералне државе.

Најбитније одредбе Шермановог закона јесу одредбе члана 1 и 2, којима се: проглашавају противзаконитим сваки уговор, повезивање у форми труста или другој форми, као и тајни споразум, којима се ограничава трговина или привредни токови између неколико Држава, или са иностраним нацијама (члан 1);⁴ квалификује као кривично дело свако стицање монопола, или покушај стицања монопола, као и

¹ Sherman Act, 15 U.S.C. §§ 1-11.

² „... in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, ...“.

³ Fugate, *Foreign Commerce and the Antitrust Laws*, Volume I, Aspen Publishers, 1996, pp. 12.

⁴ “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal. „... to monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations ...“

повезивање или тајни договор са било којим другим субјектом или субјектима да се стекне монопол у било ком делу трговине или привредних токова између неколико Држава, или са иностраним нацијама (члан 2). Ове одредбе чине Шерманов закон једним од најкраћих и најопштијих закона, чији су тумачење и примена остварени бројним судским прецедентима. Оне су на једном месту обухватиле најважније облике рестриктивних понашања пословних субјеката којима се нарушава конкуренција на тржишту, и то: споразуме између два или више субјеката, једностране акте предузете у циљу противзаконитог стицања монопола или његовог одржавања, као и облике повезивања пословних субјеката, споразумних или капиталних, чији је циљ стицање монопола.

Доношењу Шермановог закона претходила је важна дискусија у америчком Конгресу, произашла из растућег одбојног става према доминантним трустовима (интересним и управљачким групама привредних субјеката). Водећу улогу међу таквим привредним „гигантима“ имао је, у периоду доношења Закона, труст у области производње и дистрибуције нафте, *Standard Oil trust*, основан 1882. године. Овај конгломерат је контролисао пословање око 40 корпорација и ортачких друштава ограничене одговорности. Судски поступак, вођен против *Standard Oil-a* због спречавања конкуренције, окончан је 1911. године одлуком којом је наложено издвајање и осамостаљивање 36 америчких нафтних компанија.⁵

Територијално поље примене Шермановог закона, као што је напред означено, обухвата акте и радње који су предузети или чији се ефекти односе на трговину и привредне токове између федералних јединица или са страним државама. Материјално поље примене Шермановог закона обухвата све пословне (привредне) делатности, укључујући и промет услуга, осим оних сектора који су изричито изузети од примене, као што су: претежни део транспортне делатности, банкарства, поморског саобраћаја, осигурања, делатности од општег интереса, активности синдиката и пољопривредних задруга.⁶

Надлежност у примени Шермановог закона подељена је између Министарства правде – Одсека за борбу против монопола и Федералне трговинске комисије, мада у већој мери истрагу покреће и води Министарство.⁷ По спроведеној истрази,

⁵ *Standard Oil Co. v. U.S.*, 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619 (1911).

⁶ *Ibid.*, ad 3, pp. 5.

⁷ Department of Justice (DOJ), Antitrust Division; Federal Trade Commission (FTC).

Министарство у име Сједињених Америчких Држава, покреће кривични или грађански судски поступак. Последњим изменама закона о казнама за кривична дела предвиђена Шермановим законом, повећане су кривичне санкције, како новчане, тако и казна затвора. Највећа новчана казна за физичко лице повећана је са 350.000 америчких долара на 1.000.000 долара, док је највећа новчана казна за правно лице повећана са 10 милиона на 100 милиона долара. Најдужа казна затвора повећана је са три на десет година.⁸

Одмах по доношењу Шермановог закона, уочена је потреба да се његове одредбе допуне тако да спрече могуће избегавање дејства закона на споразуме и акте предузете *изван* територије САД. Једна од мера предузетих у том циљу остварена је доношењем Вилсоновог царинског закона, који је омогућио примену одредаба Шермановог закона на рестриктивне споразуме којима се нарушава конкуренција увозника. Забрањени су, тиме, и они споразуми или једностранни акти предузети изван територије САД, којима се врши дискриминација између увозника, ограничавају квоте увоза или одређују увозне цене производа.

Друга предузета мера је свеобухватнија и данас има значај опште норме која одређује услове екстратериторијалне примене домаћег права, засноване на тзв. доктрини ефеката, односно последица предузетих аката. Применом овог правила, надлежност домаћих (административних и судских) органа за заштиту конкуренције простире се и на споразуме и акте предузете у иностранству, и то без обзира да ли су у њима учествовала лица под персоналном јурисдикцијом САД или не, ако ови акти остварују непосредни, значајан и очигледно предвидив ефекат на привреду САД. Развојни пут ове доктрине, међутим, није био сасвим једноставан и резултат је еволуције правних схватања у судским споровима због повреде конкуренције са иностраним елементом. Први такав спор решаван је 1910. године у предмету *American Banana*.⁹ Суд је рестриктивно тумачио поље примене домаћег права и јурисдикције домаћих судова, али је овај прецедент превазиђен већ 1911. године у судском поступку по тужби због злоупотребе монопола, *American Tobacco*.¹⁰

⁸ Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004, Pub. L. No. 108-237, 118 Stat. 665 (2004).

⁹ *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347, 29 S. Ct 511, 54 L. Ed. 817 (1910).

¹⁰ *U.S. v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 31 S. Ct. 632, 55 L. Ed. 663 (1911).

1.2. Клејтонов закон

а, Забрана дискриминације

Други значајан закон је *Клејтонов закон, донет 1914. године*.¹¹ Циљ овог закона је да спречи настанак група и тајних споразума, као и монопола који утичу на трговину и привредне односе између федералних јединица и између Сједињених Америчких Држава и других држава. Одредбе члана 2 Клејтоновог закона забрањују дискриминацију у трговини, до које долази тако што се за исте или сличне производе под истим или приближно истим условима трговине и испоруке наплаћује, односно уговара плаћање различите цене, када таква дискриминација може довести до значајно битног нарушавања конкуренције или стварања монопола.¹² Од ове забране постоје изузеци који допуштају различите цене, уколико су условљене количином робе или начином испоруке, као и различитим тржишним условима. Такође, заштићено је и право продавца да слободно одлучује с ким ће пословати.¹³ Законом је утврђена оборива претпоставка одговорности за учињено дело дискриминације у случају да је разлика у ценама утврђена на основу исправа у промету робе и услуга. Терет доказивања да је реч о дозвољеним изузецима од забране наплаћивања различитих цена за исту или сличну робу, јесте на починиоцу. У циљу спречавања употребе прикривених облика дискриминације, Закон изричито забрањује плаћање или примање било које вредности попут провизије, накнаде за посредовање, или друге накнаде, одобрења, или дисконта, осим за услуге пружене у вези са продајом или куповином робе. Такође, Законом је забрањено сваком лицу које учествује у трговини да плати или уговори плаћање услуга или приступ продајним и другим објектима, уколико ове услуге или могућност приступа нису под сразмерно једнаким условима доступни и другим купцима који су конкуренти. Забрањена је и дискриминација у пружању услуга или приступу објектима, у вези са обрадом, руковањем, продајом, или нуђењем на продају робе која је намењена препродаји.

Чланом 3 *Робинсон-Петменовог закона* (измењене одредбе Клејтоновог закона) забрањено је свако уговарање или пружање помоћи при закључењу уговора о продаји,

¹¹ Clayton Act, 15 U.S.C. §§ 12-27 (1994).

¹² Члан 1 Робинсон-Петменовог закона (1936) представља измењени члан 2 Клејтоновог закона.

¹³ Fugate, *Foreign Commerce and the Antitrust Laws*, Volume II, Aspen Publishers, 1996, pp. 339.

за коју је уговарачу познато да представља дискриминацију према конкурентима купца, као и продаја робе у било ком делу територије САД по цени нижој у односу на остале делове територије, са циљем уништавања конкуренције или одређеног конкурента. Овакви облици дискриминације представљају кривично дело, кажњиво новчаном казном и казном затвора. Обавеза недискриминације у наплаћивању производа не односи се на задруге и непрофитабилне организације.

Мали је број примера екстратериторијалне примене Клејтоновог закона у спољнотрговинској размени САД, с обзиром да је један од услова примене Закона уопште – да су производи који су предмет продаје намењени употреби, потрошњи или препродаји на територији САД, или на територијама под њеном јурисдикцијом. Ипак, неке судске одлуке указују да је могућа примена одредаба којима се забрањује дискриминаторско уговарање и плаћање провизије и посредничке накнаде на извозне послове. Један од примера спорова везаних за дискриминацију у вези са спољнотрговинским прометом, јесте *Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co.*¹⁴

Одредбом члана 3 Клејтоновог закона забрањено је сваком лицу укљученом у трговину да продаје или даје у закуп робу намењену употреби, потрошњи или препродаји на територији САД или било ком другом месту под њеном јурисдикцијом, *под условом* да купац, односно закупац не закључује сличне уговоре са конкурентима продавца, односно закуподавца, уколико такво условљавање доводи до значајног ограничавања конкуренције или до стварања монопола. Ово је тзв. клаузула неконкуренције, за коју је кроз судску праксу утемељено да обухвата и тзв. „везивање“ производа. Тачније, ради се о условљавању куповине производа истовременом куповином додатног производа, који није у нужној вези или функцији коришћења првог производа, уколико продавац има монопол на тржишту основног производа, уз значајно ограничену конкуренцију на тржишту „везаног“ производа. Овај став је изражен у одлуци Врховног суда у предмету *Times-Picayune* (*Times-Picayune Pub. Co. v. U.S.*, 345 U.S. 594, 73 S. Ct. 872, 97 L. Ed. 1277 (1953)).¹⁵ Наравно, одредба члана 3 Клејтоновог закона примењује се и на увозне послове, имајући у виду општи услов примене да је предмет промета роба која је намењена употреби, потрошњи или препродаји на територији САД.

¹⁴ 723 F.2d 238, 317 (3d Cir. 1983)

¹⁵ *Ibid.* ad 13, pp. 344.

*б. Значај и примена забране дискриминације и злоупотребе монопола
код уговора о лиценци и уговора о преносу права интелектуалне својине*

Од нарочитог значаја су одредбе о везивању у уговорима о преносу производа или технологије, заштићених правом интелектуалне својине, као и у уговорима о преносу права интелектуалне својине. Реч је о злоупотреби патента и других права интелектуалне својине условљавањем права коришћења патента обавезом носиоца лиценце да од носиоца патента купује производе који нису заштићени патентом, или такве производе купује од трећег лица по избору носиоца патента. Овакве клаузуле везивања могу чинити пуноважан разлог истицања злоупотребе права на патент, у виду приговора, одн. противтужбе у парницама покренутим по тужби носиоца права због повреде патента. Један од важнијих примера судске праксе у овој области јесте предмет *International Salt* (*International Salt Co. v. U.S.*, 332 U.S. 392, 92 S. Ct. 20, 68 L. Ed. 12 (1947)).¹⁶ Примена предметне одредбе на уговор о уступању права на коришћење патента (лиценце) са иностраним елементом, представљала је и предмет испитивања у судском спору између иностраног носиоца патента и домаћег (америчког) носиоца лиценце. Инострани носилац патента је уступио искључиво право коришћења патента на територији САД, заједно са неколико неискључивих лиценци на истој територији, уз ограничење употребе у интерном процесу производње, односно, без права на продају производа добијених патентом.¹⁷

Став америчког Министарства правде – Одсека за борбу против монопола, изражен у Упутствима за примену права конкуренције у међународним операцијама из 1977. године, био је да слична ограничења наметнута иностраним носиоцима лиценце од стране америчких носилаца патента – нису предмет испитивања повреде конкуренције, уколико не доводе до ограничавања конкуренције између америчких извозника, као и уколико немају утицаја на производе који се ре-екпортују у Сједињене Америчке Државе.¹⁸ У ревидираним Упутствима из 1988. године изнет је став Министарства правде да одређене врсте вертикалних ограничења у уговорима о

¹⁶ *Ibid.* pp. 56.

¹⁷ *United States v. Studiengesellschaft Kohle, m.b.H.*, 426 F. Supp. 143 (D.D.C. 1976).

¹⁸ U.S. Department of Justice, Antitrust Division, *Antitrust Guide for International Operations* (Govt. Printing Office 1977).

лиценци не морају нужно имати ограничавајући утицај на конкуренцију. Тако, на пример, ограничавање поља примене патента и одбијање давања лиценце представљају дозвољене облике испољавања слободе носиоца права на патент, у границама законом признатог монопола, односно *искључивог* права на коришћење патента. Прекорачење тих граница би постојало у случају да носилац патента условљава право на лиценцу забраном употребе конкурентних технологија, што би представљало злоупотребу права на патент.

Коначан став у погледу споразума о „везивању“ код уговора о лиценцирању, опредељен је у заједничким (Министарства правде и Федералне трговинске комисије) Упутствима о интелектуалној својини из 1995. године.¹⁹ Став је донет уз позивање на ауторитет судске одлуке у предмету *Eastman Kodak*, тако што је изречено да ће држава испитивати штетне ефекте споразума о „везивању“ само ако: продавац има тржишну моћ у односу на основни производ; споразум има негативне последице на конкуренцију на тржишту везаног производа; позитивни ефекти споразума не оправдавају и не преовладавају над штетним последицама на конкуренцију.

Ленамов закон (Lanham Act, 15 U.S.C. § 1115(b)(7)(1994)) изричито помиње могућу употребу знакова разликовања (жига) у вези са антимонополским законима, као један од разлога немогућности остваривања права на заштиту од повреде искључивог права коришћења жига. Ово је веома значајан инструмент одбране у судским споровима због повреде жига, а заснован је на ранијој доктрини „чистих руку“ – *онај ко пред судом намерава да штити своја права треба да је и сам у вези са предметом заштите поступио правично и у складу са законом: „He who comes into a court of equity must come with clean hands“*.²⁰ Наиме, уочено је у судској пракси да се право на коришћење знакова разликовања (жига) злоупотребљава у циљу прикривања и олакшавања примене картелских споразума о цени производа заштићених жигом, ограничењу производње и других ограничења конкуренције на тржишту истог или сличних производа. Један од примера је и случај *Phi Delta Theta Fraternity v. J. A. Buchroeder & Co.*,²¹ и *Carl Zeiss Stiftung v. VEB Carl Zeiss*.²² У случају *American Tobacco (221 U.S. 106, 31 S. Ct. 632, 55 L. Ed. 663 (1911))*, уступање права на искључиво коришћење знакова разликовања одређених брендова цигарета послужило је за

¹⁹ 1995 Justice-FTC *Intellectual Property Guidelines*.

²⁰ *Ibid.* ad 13, pp. 109.

²¹ 251 F. Supp. 968 (W.D. Mo. 1966).

²² 433 F.2d 686 (2d Cir. 1970).

територијалну поделу националних тржишта (САД и Велике Британије). Ипак, знакови разликовања, као и остали предмети заштите права интелектуалне својине, представљају *искључива* права на територији на којој су регистровани, па питање ексклузивности њиховог коришћења на тој територији треба разматрати са опрезом. Само у случајевима очигледне злоупотребе, односно употребе права која није сразмерна уобичајеном обиму искоришћавања признатог права, а која има за циљ или последицу значајно ограничавање конкуренције, треба предузимати мере превенције и кажњавања.

Право носиоца жига на уступање искључивог или неискључивог овлашћења коришћења жига подразумева се код свих оних уговора о дистрибуцији производа, делимичној преради (обради) производа и уговора о франшизингу, када знак разликовања којим се штити производ у питању треба да укаже на порекло производа, а тиме и на његов квалитет. Ово право се подразумева и у случају преноса овлашћења на коришћење субјектима који су повезани са носиоцем права (власником жига). Тачније, субјектима који представљају зависна друштва или у којима носилац права врши контролу у односу на заштићени производ. То је потврђено у случајевима *Fowle v. Park* (131 U.S. 88, 9 S. Ct. 658, 33 L. Ed. 67 (1889)) и *Bacardi Corp. of America v. Domenech* (311 U.S. 150, 61 S. Ct. 219, 85 L. Ed. 98 (1940)). С друге стране, санкционисани су случајеви преношења овлашћења на коришћење жига *конкурентима*. Један од значајних примера јесте случај када је право на коришћење жига уступљено конкуренту, као потврда саобразности стандарду квалитета, иако званични стандард са том врстом спецификације квалитета није постојао. Реч је о случају *Incandescent Lamp* (U.S. v. *General Elec. Co*), поводом споразума између Џенерал Електрик компаније и Вестингхауса (*General Electric Company, Westinghouse*) о искључивом уступању знака разликовања „Мазда“ („*Mazda*“). Циљ ових конкурената је био да заједно лобирају пред надлежним органима за усвајање спецификације „Мазда или уподобљени“ квалитет („*Mazda or equivalent*“), иако ниједан други произвођач није био овлашћен на коришћење овог знака. Судском одлуком је утврђено да је предметним споразумом повређен Шерманов закон. Слично ранијој судској потврди да је штетно поверавање искључивог права на дистрибуцију производа *конкуренту*, у овом случају је потврђена штетност уступања права на жиг *конкуренту*.

в. Концентрације

Посебан значај за америчко право заштите конкуренције има члан 7 Клејтоновог закона, који се односи на концентрације, односно спајања корпорација које се баве привредном делатношћу, или било којом другом делатношћу која је у вези са привредном делатношћу, када постоји могућност да спроведена концентрација доведе до значајног ограничавања конкуренције, или до стварања монопола. Ове одредбе су добиле могућност ефективније примене доношењем Селер-Кифовер антимонополског закона из 1950. године,²³ као и Харт-Скот-Родино закона из 1976. године.²⁴ Наведеним изменама, омогућено је испитивање штетних ефеката не само концентрација извршених припајањем удела или акција, већ и оних које су спроведене припајањем издвојених делова имовине предузећа. Такође, прописани су минимални услови (у погледу оствареног годишњег промета и величине тржишног удела учесника у концентрацији) за наступање обавезе *претходне* пријаве намераване концентрације надлежном органу (Министарству правде и Федералној трговинској комисији).

Селер-Кифовер антимонополским законом из 1950. године је измењен члан 7 Клејтоновог закона, проширивањем његовог поља примене на све облике спајања и припајања. Тачније, и на оне облике који нису представљали припајање удела или акција, већ и имовине привредних субјеката. Судска пракса је већ у самом почетку утврдила да се закон примењује и на случајеве стицања патената, ауторских права и знакова разликовања (жигова). Значајније судске одлуке у тој области донете су у предметима *Screen Gems (United States v. Columbia Pictures)*,²⁵ и *United States v. Lever Brothers*.²⁶ Први се односио на пренос искључивих права на искоришћавање групе ауторских кинематографских дела (филмова) на телевизији. Иако је суд одлучио да у том случају није било повреде закона, потврдио је да уступање искључивих права на ауторски филм може бити предмет испитивања повреде антимонополског закона. У другом случају, предмет испитивања је било стицање жигом заштићених производа (детерцента „ALL“), заједно са патентима, *goodwill*-ом и пословном стратегијом за производњу и маркетинг производа. Ни у овом случају није утврђена повреда Селер-Кифоверовог закона, али је случај значајан јер је потврђено да патенти и жигови у вези

²³ Celler-Kefauver Antimerger Act of 1950.

²⁴ Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976.

²⁵ U.S. v. Columbia Pictures, Inc., 189 F. Supp. 153 (S.D.N.Y. 1960).

²⁶ U.S. v. Lever Bros., 216 F. Supp. 887 (S.D.N.Y. 1963).

са одређеним производом могу бити предмет посебне оцене у поступцима испитивања повреде конкуренције.²⁷

Поред Селер-Кифоверовог закона, на споразуме о спајању и припајању могуће је применити и даље Шерманов закон у оним ситуацијама када није могућа примена члана 7 Клејтоновог закона. Последњи судски поступак у коме је примењен Шерманов закон пре измене члана 7 Клејтоновог закона, јесте *Columbia Steel case* (U.S. v. Columbia Steel Co., 334 U.S. 495, 68 S. Ct. 1107, 92 L. Ed. 1533 (1948)). Као што је већ напоменуто, федерални закони из ове области примењују се на трговинске односе и привредне токове између држава-федералних јединица, као и између Сједињених Америчких Држава и трећих држава. У том смислу, имајући у виду законом имплементирану доктрину о екстратериторијалној примени америчког антимонополског права, од посебног су значаја случајеви када америчка компанија преузима инострану компанију, и обрнуто. Услови за екстратериторијалну примену права у овој области уређени су посебним законом – *the Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982*. Наиме, потребно је да акти и радње предузети искључиво или у претежном делу *изван* територије САД имају јасно предвидив, непосредан и значајан утицај на тржишне односе и привреду САД. Ови услови ће, тако, на пример, бити испуњени у случају када америчка компанија преузме страног конкурента, са намером да послове у иностранству концентрише искључиво преко тог преузетог субјекта, уместо да извози производе. Још очигледнији пример би постојао у случају концентрације (*merger*) америчке и стране компаније тако да инострана компанија преузме управљање над оба субјекта, а онда у оквиру усвојене пословне политике забрани обављање извозних послова америчкој компанији.²⁸

Јасно је да се екстратериторијална примена америчког антимонополског права односи и на случајеве концентрација искључиво иностраних субјеката, када сваки од њих остварује значајан обим продаје производа на тржишту САД. Такви случајеви су, међутим, економски и политички јако осетљиви, па амерички органи примене антимонополског права (пре свега Министарство правде), пре покретања судског поступка, разматрају примену принципа међудржавне сарадње и уважавања суверенитета држава (*comity*). То је, нарочито, случај када су производни капацитети учесника у концентрацији смештени у потпуности *изван* територије САД, што би

²⁷ *Ibid.* ad 13, pp. 13.

²⁸ *Ibid.* ad 13, pp. 156-157.

значајно отежало, ако не и потпуно онемогућило спровођење одлуке америчких органа о изрицању санкције због повреде конкуренције.

Надлежност у примени члана 7 Клејтоновог закона имају истовремено Министарство правде и Федерална трговинска комисија. Оба органа имају заједнички протокол (*'clearance procedure'*), захваљујући коме избегавају непотребно дуплирање напора у испитивању концентрација. Такође, оба органа имају значајно и ефективно законско овлашћење да подносе суду предлоге за одређивање привремене мере којом се забрањује концентрација у питању.²⁹ Поред тога, заштиту у виду захтева за накнаду штете и предлога за одређивање привремене мере забране концентрације због повреде члана 7 Клејтоновог закона могу пред судовима тражити и остварити и *приватна* лица, што произилази из одредбе члана 4 и члана 16 Клејтоновог закона. Међутим, имајући у виду да ове тужбе углавном подносе *конкуренти* субјеката који учествују у концентрацији, судска пракса је заузела опрезан став ограничавањем услова за подношење таквих тужби, како оне не би постале средство заштите конкурената, уместо заштите конкуренције. Тако је, на пример, одлучено у предмету *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.* (479 U.S. 104, 107 S. Ct. 484 (1986)).

Предмети испитивања ефеката концентрација се веома ретко решавају у судском поступку. Обично се завршавају споразумом између Министарства правде, односно ФТК, и учесника концентрације (*consent decrees*). У том смислу, поступање ова два органа усаглашено је заједничким Упутствима за концентрације – *the Merger Guidelines*. Ова Упутства су донета од стране Министарства правде 1968. године, са новим Упутствима издатим 1982. и 1984. године, измењеним 1992. године уз учешће ФТК, и, последњи пут, 2010. године.

Испитивање концентрација, према Упутствима из 1992. године, спроводи се у „*пет корака*“, и то: *прво*, проверава се да ли би планирана фузија значајно увећала концентрацију на тржишту; *друго*, након утврђивања повећања и степена концентрације након фузије, испитују се остале карактеристике тржишта и проверава могућност да концентрација изазове штетне последице на конкуренцију; *треће*, испитује се да ли је могућ улазак на тржиште нових конкурената, који би требало да буде правовремен, вероватан и довољан (енг. „*timely, likely and sufficient*“), како би поништио штетне последице на конкуренцију; *четврто*, испитује се да ли планирана

²⁹ Овлашћење је за Министарство правде садржано у члану 15 Клејтоновог закона, а за ФТК у члану 13(b) Закона о ФТК. Наведено према претходном делу, страна 166-167.

концентрација доводи до веће производне ефикасности (енг. „*efficiency gains*“) која се разумно не може постићи неким другим средством; и *neto*, проверава се да ли би неки од учесника концентрације, у одсуству њеног спровођења, банкротирао, а његова имовина изгубила значај на релевантном тржишту услед парцијалне продаје изван тог тржишта (енг. „*causing its assets to exit the market*“).

Упутства о хоризонталним концентрацијама из 2010. године³⁰ су задржала тзв. Херфиндал-Хиршманов индекс (*the Herfindahl-Hirschman Index – 'HHI'*) који служи мерењу последица хоризонталних концентрација. Бројчани индекс се добија сабирањем квадрата процентуално изражених тржишних удела сваког учесника на тржишту. На пример, ако се тржиште састоји од 10 фирми са појединачним тржишним уделом од 10 %, онда је *HHI* једнак 1000. Такође, тржиште које се састоји од четири фирме са уделима од 30 %, 30 %, 20 % и 20 % има *HHI* једнак 2600. Према Упутствима, ако је овај индекс испод 1500, тржиште се сматра неконцентрованим; ако је између 1500 и 2500, тржиште се сматра умерено концентрованим; а ако је изнад 2500 сматра се високо концентрованим.³¹ Употреба *HHI* подразумева оцену величине индекса *након* концентрације у питању, као и повећање индекса у односу на ниво *пре* концентрације, при чему се ово повећање рачуна као два пута увећан производ тржишних удела учесника концентрације.³² Ако се *HHI* повећа за више од 100 на умерено концентрованом тржишту, то указује на вероватност штетних последица фузије на конкуренцију; ако се овај индекс повећа за више од 100 а мање од 200 поена на високо концентрованом тржишту, то указује, такође, на вероватност штетних последица фузије на конкуренцију; док повећање индекса за више од 200 поена на високо концентрованом тржишту ствара претпоставку о штетности фузије.³³ Ипак, у сва три случаја, реч је о оборивој претпоставци штетности.

Анализа ефеката концентрације (према Упутствима из 1992. године) претпоставља претходно одређење релевантног тржишта производа и услуга. У предмету *Brown Shoe*, суд се позвао на тест примењен у предмету *du Pont (Cellophane)*, тачније, на разумну заменљивост производа (према начину и циљу употребе) и обрнуту

³⁰ U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 2010, <http://www.ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf>.

³¹ Према Упутствима из 1992. године, параметри су били нижи: за неконцентровано тржиште испод 1000, умерено концентровано између 1000 и 1800, и високо концентровано преко 1800.

³² На пример, концентрација фирми са 5 % и 10 % тржишног удела доводи до повећања *HHI* за 100 ($5 \times 10 \times 2 = 100$) – наведено према: *Ibid*, ad 30, pp. 19 (f.n. 10).

³³ *Ibid*, ad 30, pp. 19.

еластичност тражње између производа и његових супституата – *reasonable interchangeability of use or cross-elasticity of demand between a product and substitutes for it.*³⁴

Према Упутствима, тржиште производа се утврђује тако што се, најпре, прикупе подаци о свим производима које производе субјекти концентрације. Затим се, у односу на сваки производ, проверава шта би се десило ако би хипотетички (претпостављени) монополиста у производњи тог производа наметнуо „мало али значајно и трајно“ повећање цене (на пример, 5 % повећања за годину дана). Ако би ово повећање цене утицало да потрошачи почну да купују друге производе, који служе задовољењу истих или сличних потреба, у тој мери да повећање цене не би било профитабилно, онда се датој групи производа прикључује производ који је прва најбоља замена за дати производ. На тако дефинисану групу производа, поново се примењује тест претпостављеног монополисте, све док резултат не укаже на профитабилност повећања цене. То је тзв. тест „малог али значајног и трајног повећања цене“ – *SSNIP test* ('*small-but-significant-non-transitory-increase-in-price*'). У одсуству непосредних, економских доказа о обрнутој еластичности тражње у односу на цену, последице будућег повећања цене могуће је утврђивати на основу посредних доказа, који подразумевају текуће или историјске токове привредних односа и матрица тих односа. Описани тест, према изменама Упутстава из 1992. године, добио је и алтернативу (као допунски, односно алтернативни тест) – последице повећања цене се не сагледавају са аспекта профитабилности за претпостављеног монополисту, већ са аспекта његове могућности да се са успехом упусти у ценовну дискриминацију према групи купаца истог производа (на истом географском тржишту). Поред тога, уз тржиште производа уведена је и могућност испитивања ефеката концентрације на релевантном тржишту иновација (поље истраживања и развоја) – што је концепт који је први пут примењен у судском поступку *United States v. General Motors Corp. (Trade Reg. Rep. (CCH) 45,093 at 44,660 (D. Del. 1993))*. Исти је заокружен у Упутствима за лиценцирање интелектуалне својине из 1995. године – *the Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, U.S. Dept. of Justice and FTC, 1995.

Метод утврђивања географског тржишта је исти као напред описани тест, осим што се последице повећања цене не сагледавају кроз усмеравање потрошача ка

³⁴ *Id.* ad 13, pp. 195.

заменљивим производима, већ кроз њихово усмеравање ка истом производу на другом географском подручју. У том смислу, судска пракса је потврдила да географско тржиште може одговарати националном тржишту (подударати се државним границама), бити шире од националног, или толико уско да одговара подручју једног града.

Нова Упутства о хоризонталним концентрацијама из 2010. године садрже једно значајно одступање од Упутства из 1992. године. Ово одступање огледа се у промени става о значају и обавезности одређивања релевантног тржишта и мерења удела учесника у концентрацији на том тржишту. И поред тога што Упутства административних агенција не обавезују судове у примени права конкуренције, пракса је показала да су се они, ипак, у значајној мери ослањали на њихове одредбе.³⁵ Деценијама дуга судска пракса у примени члана 7 Клејтоновог закона потврђује да је одређивање релевантног тржишта доследно сматрано *обавезним и претходним условом* за подношење тужбе против учесника концентрације.³⁶ Неколико судских поступака, окончаних након доношења Упутстава из 2010. године јасно показују да судови нису спремни да одступе од досадашње праксе, чврсто утемељеној на прецедентима Врховног суда САД и апелационих судова.³⁷

1.3. Ефекти примене закона и утицај глобализације

Иако је Шерманов закон у примени више од једног века, а Селер-Кифовер закон више од пола века, судска пракса наилази на неколико значајних проблема и системских пропуста у примени закона. На те проблеме и пропусте је у књизи *Antitrust Law* указао амерички судија Апелационог суда (енг. *U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit*) и предавач на Правном факултету Универзитета у Чикагу, Ричард Познер (Richard Posner). Најважнији проблеми у примени су: 1. немогућност судова и административних агенција да утврде постојање споразума о цени који не произилазе из опипљивих докумената о пословању или пословне преписке учесника картела; 2. погрешно подвођење легитимне пословне праксе размене података о цени производа

³⁵ Leah Brannon and Kathleen Bradish, „The Revised Horizontal Merger Guidelines: Can Courts Be Persuaded?“, *The Antitrust Source*, October 2010, www.antitrustsource.com, pp. 1.

³⁶ *Ibid*, pp. 3.

³⁷ *United States v. Dean Foods Co.* (2010); *City of New York v. Group Health, Inc.* (2010); *FTC v. Lundbeck Inc.* (2010) – наведено према: *Ibid*, ad 35.

између конкурената и одређивања минималне цене препродаје (од стране јединог продавца) под недозвољене споразуме о цени, иако су ови облици пословне праксе често ефикасни и у економском смислу про-конкурентни; 3. недовољна оспособљеност судова да процењују свеопште ефекте концентрације, што се огледа, нарочито, у следећим аспектима анализе: дефиниција релевантног тржишта, процена ефеката концентрације на конкуренцију у случајевима када је један од учесника само потенцијални конкурент, оцена позитивних ефеката концентрације (допринос ефикасности производње или дистрибуције); 4. прешироко законско одређење аката обухваћених појмом ексклузивне (искључиве) пословне праксе (енг. *exclusionary practices*), тако да су предмет санкционисања чак и она понашања која фактички умањују друштвену штету од монопола (енг. *the social costs of monopoly*); несигурност судова у погледу ефеката потенцијално ексклузивне праксе у посебним случајевима.³⁸ Последице ових правних грешака огледају се у забрани пословне праксе коју не би требало забрањивати (енг. *over-regulation*), као и у пропуштању санкционисања праксе која је противна принципима антимонополског права (енг. *under-regulation*).³⁹

Наведене критике, али и многобројне промене у индустријској организацији и структури и организацији тржишта у периоду глобализације, захтевале су свеобухватно преиспитивање америчког антимонополског права. Тај задатак поверен је 2004. године дванаесточлавној Комисији са модернизацију антимонополског права (енг. *Antitrust Modernization Commission*), на основу Закона из 2002. године.⁴⁰ Мандат Комисије је био да утврди да ли су потребне измене закона у области заштите конкуренције, као и да понуди предлоге измена. Овај мандат је окончан 2. априла 2007. године, када је Комисија објавила Извештај – енг. *Report and Recommendations of the Antitrust Modernization Commission („Report“)*.

У извештају је потврђено да амерички закони за заштиту конкуренцију имају општост која им омогућује потребну флексибилност у променљивим условима.⁴¹ Закључак је Комисије да нису потребне законске измене, али је утврдила одређене случајеве који налажу потребу увођења додатних правила и дала препоруке за

³⁸ Richard A. Posner, *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, 2nd ed., 2001, pp. 43.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Antitrust Modernization Commission Act of 2002.

⁴¹ Antitrust Modernization Commission, Report, April 2, 2007, *Cit.* „*The laws are sufficiently flexible as written, moreover, to allow for their continued 'modernization' as the world continues to change and our understanding of how markets operate continues to evolve through decisions by the courts and enforcement agencies.*“

унапређење праксе у примени права. Посебно радикалне препоруке односе се на укидање Робинсон-Петменовог акта из 1936. године, уз објашњење да је супротан основним принципима политике конкуренције, јер пружа заштиту појединачним конкурентима (малим пословним субјектима), а не конкуренцији, као процесу. Такође, у области приватних парница за накнаду штете због повреде конкуренције, препорука Комисије је да се федерално право усклади са законима 36 америчких држава (федералних јединица) и Колумбије (енг. the District of Columbia), тако што ће Конгрес укинути одлуке Врховног суда у предметима *Illinois Brick* и *Hanover Shoe*. Тиме би активну легитимацију за подношење тужбе суду за накнаду штете услед повреде конкуренције добили и посредни (индиректни) купци, а туженима би било омогућено право на истицање приговора преваљивања штете са директних на индиректне купце (енг. „*passing-on defence*“).⁴²

2. Велика Британија

2.1. Обичајно право и заштита конкуренције

Зачеци британског права заштите конкуренције препознају се у основним начелима обичајног права (енг. *common law*), и то: у начелу слободне трговине (енг. *the doctrine of the restraint of trade*) и начелу забране проузроковања штете другоме (енг. *the doctrine of conspiracy to injure*). Ипак, британски судови до краја Другог светског рата нису активно користили наведена начела обичајног права да би санкционисали штетне радње великих привредних корпорација. Прво, због међународног угледа које су ове компаније уживале, и друго, због промењених околности међународне трговине у којима се јавила свест о позитивним ефектима неограниченог монопола, конгломерација и картела. Викторијанска посвећеност принципу слободне трговине (фр. *laissez-faire*) била је разлог непредузимања мера оштрије и потпуније примене наведених доктрина обичајног права, као и одсуства закона који би уредио област заштите конкуренције.⁴³ Процес израде и усвајања тог закона започет је након Другог светског рата. На самом почетку, законодавни процес је вођен у одсуству јасних и

⁴² *Ibid.*

⁴³ Извор: Andrew Scott, „The Evolution of Competition Law and Policy in the United Kingdom“, *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 9/2009.

јединствених циљева, као и економско-теоријске основе. Свака реформа се периодично јављала у циклусима од четири или пет година, и била је одговор непосредних и хитних потреба, у виду политичког консензуса на који су велики утицај остваривали снажна бирократска структура државне управе и лобиста из привреде.

2.2. Законски акти о заштити конкуренције пре приступања Европској економској заједници

Први закон у области заштите конкуренције је усвојен 1948. године под називом *Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act*. Закон је био израз политичких тежњи лабуристичке владе да обезбеди пуну запосленост становништва након Другог светског рата, преусмеравањем корпоративне моћи ка остваривању ширих друштвених интереса. Закон није омогућио услове за спровођење оштре политике против злоупотребе монопола и споразума којима се нарушава конкуренција. Ово из разлога што није прописана изричита забрана таквих облика повреде конкуренције; штавише, они су у административном поступку могли бити признати као пуноважни, у случају процене њихове корисности (енг. „*when both monopoly and restrictive practices had proved their worth*”). Државни секретар (енг. *the Secretary of State*) је имао овлашћење по Закону да покрене поступак испитивања пред новооснованом Комисијом за монополе и рестриктивне праксе – *the Monopolies and Restrictive Practices Commission (MRPC)*. Повод за покретање поступка била је оцена да радње које доводе до грубе повреде конкуренције нарушавају јавни интерес, дефинисан у одредби члана 14 Закона (енг. *'public interest'*). Услов за покретање поступка истраге је да појединачни или групни удео субјекта који учествује у нарушавању конкуренције буде већи од 1/3 тражње, односно, понуде на одређеном тржишту производа.⁴⁴

Систем доношења одлуке о покретању истраге и њеном вођењу пред Комисијом указивао је на изузетно високи степен отворености ка политичкој арбитражности и дискрецији. Иако начелно благ, овакав институционални механизам заштите

⁴⁴ Очигледан је, дакле, био водећи приступ законодавца да се определи за административни систем испитивања повреде конкуренције, уместо за судски. Тај приступ је остао актуелан све до данас, што га приближава, на пример, аустралијском систему заштите права конкуренције (аустралијски се развијао по угледу на енглески), али истовремено одваја од неких других земаља англосаксонског правног система, попут Сједињених Америчких Држава (где независност и објективност судског система има примат у односу на административни поступак утврђивања повреде конкуренције).

конкуренције није одговарао пословним субјектима, јер није гарантовао сигурност једнаког поступања у истим случајевима.⁴⁵

Нови Закон из 1956. године о рестриктивним тржишним праксама – *The Restrictive Trade Practices Act 1956*, ипак, није довео до значајног унапређења заштите конкуренције. Механизам испитивања монопола је остао потпуно исти; промењен је само начин испитивања рестриктивних споразума, тиме што је уведена обавеза њиховог пријављивања (регистрације) – *the Registrar of Restrictive Trading Agreements*. Полазна претпоставка је да су пријављени споразуми супротни јавном интересу, а тиме и незаконити и неизвршиви – о чему је одлуку доносио Суд о рестриктивним праксама (Виши суд) – *Restrictive Practices Court (High Court)*.

Забрана, међутим, није била апсолутног карактера. Одредбама члана 21 Закона набројани су случајеви (енг. 'gateways') у којима се могло доказивати да пријављени споразум не нарушава јавни интерес. Код таквог приговора учесника у споразуму, суд је имао обавезу да одмерава, односно процењује штетне последице на једној страни, и користи од споразума, на другој страни. Овај систем испитивања пријављених споразума проширен је у наредним годинама и на споразуме о одређивању препродајних цена (енг. *resale price maintenance agreements; the Resale Prices Act 1964*), као и на споразуме о размени информација (енг. *information agreements; the Restrictive Trade Practices Act 1968*). Према Закону о поштеној трговини из 1973. године – *The Fair Trading Act 1973*, надлежност Регистратора је преузео Генерални директор Канцеларије за поштену трговину – *the Director General of Fair Trading (DGFT)*. Закон је консолидован новим Законом о рестриктивним праксама из 1976. године – *The Restrictive Trade Practices Act 1976*.⁴⁶

⁴⁵ Сама Комисија је у свом извештају о раду из 1955. године указала на потребу доношења новог закона који ће јој дати шири овлашћења у санкционисању распрострањене праксе колективне дискриминације у форми споразума о искључивој продаји, колективног бојкота, агрегатних рабата и друго (енг. „*prevalence of collective discrimination in the form of agreements on exclusive dealings, collective boycotts, aggregated rebates and other discriminatory practices*“). Комисија је сугерисала два алтернативна начина правног нормирања аката којима се нарушава конкуренција – *први* се заснива на забрани општег карактера (чија повреда доводи до кривичне одговорности) уз ограничен број изузетака, а *други* на систему регистрације (пријаве споразума и аката) уз накнадну процену појединачних ограничења. Предлог Комисије био је усмерен ка првом моделу правно-институционалног система заштите конкуренције, као једноставнијем, јаснијем и јефтинијем.

⁴⁶ И поред почетног успеха, Закон није обезбедио чврсте и недвосмислене критеријуме за утврђивање услова за јасно одређење концепта јавног интереса и услова за изузимање појединачних споразума од забране. Због тога су привредни субјекти у великом броју случајева, настојали да прикрију постојање споразума и тако избегну и обавезу њиховог пријављивања и могуће санкције (енг. „*go underground*“). Овај правни режим се, свеједно, одржао до свеобухватне реформе касних '90-тих година.

Контрола монопола је имала споредну и, готово, неприметну улогу. Комисија за монополе и рестриктивне праксе је преименована у Комисију за монополе – *Monopolies Commission (MC)*. Она је 1965. године преузела додатну надлежност испитивања концентрација привредних субјеката (енг. „*merger review*“) и постала Комисија за монополе и концентрације – *The Monopolies and Mergers Commission (MMC)* – а на основу Закона о монополимa и концентрацијама из 1965. године – *The Monopolies and Mergers Act 1965*. Иако је Закон 1973. године дао надлежност Генералном директору Канцеларије за слободну трговину да контролише тржиште и даје препоруку Комисији да спроведе истрагу у случајевима сумње у злоупотребу монопола, препорука је формално морала бити одобрена од стране Државног секретара.

2.3. Реформа правног режима заштите конкуренције након приступања Европској економској заједници

Значајан утицај на реформе енглеског система правне заштите конкуренције, имало је њено приступање Европској економској заједници (ЕЕЗ) 1973. године. Тиме су одредбе члана 85 и 86 ЕЕЗ Уговора постале применљиве на оне облике пословних споразума и аката који су остваривали утицај на трговину између држава-чланица, или утицај на неки европски пројекат (енг. *European project*).

То је покренуло нови талас законодавних промена, и то Законом о конкуренцији из 1980. године – *The Competition Act 1980*, и новим Законом о конкуренцији из 1998. године – *The Competition Act 1998*.

Основни реформски циљ Закона из 1998. године – да усклади британско право са правом ЕУ у области заштите конкуренције – подржан је и кроз два системска начела унета у текст Закона. Први је принцип тзв. паралелних ослобођења – „*parallel exemption*“. Наиме, одредбом члана 10 Закона је предвиђено да ће одређени споразум бити изузет од забране увек ако припада групи споразума која је одлуком Комисије ЕЗ изузета од забране из члана 81(1) ЕЗ. То је смањило терет усклађивања привредних субјеката са законским променама, као и потребу за доношењем „паралелних“ правних аката, који су већ донети у оквирима надлежности органа ЕУ (*acqui communitaire*).

Други принцип који олакшава процес усклађивања британског права садржан је у тзв. одредби водећих принципа – '*governing principles clause*'. Овим правилом је предвиђено да ће се било које питање у вези са британским правом заштите

конкуренције, узимајући у обзир релевантне разлике између домаћих прописа и права ЕУ (енг. *'relevant differences'*), решавати у складу са већ постојећим решењима истих питања у правном поретку ЕУ: „. . . *so far as possible (having regard to any relevant differences between the provisions concerned) any questions of UK competition law were to be determined as would the equivalent questions under EC law.*“ Даље је дато тумачење да ће обавезујући карактер, у наведеном смислу, имати одлуке судова ЕУ и принципи Уговора ЕУ, док ће инструкциони карактер имати одлуке и ставови Европске комисије.

Закон о конкуренцији из 1980. године је изменама из 1998. године, као и одредбама Закона о предузетништву из 2002. године, усклађен са променама у европском правном режиму заштите конкуренције. Са система обавезног пријављивања споразума и сасвим изузетног испитивања случајева монополских рестриктивних аката, прешло се на систем директне забране рестриктивних споразума и злоупотребе монополског положаја, по угледу на одредбе члана 81 и 82 Римског уговора. *Канцеларија за поштену праксу* добила је шира овлашћења у покретању и спровођењу истраге према субјектима за које постоји сумња да су извршили повреду прописане забране, а тиме и повреду конкуренције.

Одлуку о постојању повреде доноси Канцеларија, која уз деклараторну одлуку може изрећи и санкцију плаћања новчане казне у висини до 10% промета субјекта против кога је вођен поступак. Такође, када утврди повреду конкуренције злоупотребом доминантног положаја, Канцеларија може издати и наредбу за престанак и уздржавање од аката и радњи који су довели до повреде, као и упутства за усклађивање понашања у циљу спречавања будућих повреда конкуренције. У случају непоступања по овим упутствима и наредбама, Канцеларија може покренути поступак пред судом за принудно извршење одлуке о издавању наредбе и упутстава. У току истражног поступка, Канцеларија има широка овлашћења да уђе у просторије субјекта према коме се води поступак, без одобрења суда, уз претходно обавештење; може ући у просторије и на силу, уз претходно одобрење суда. Такође, Канцеларија у току истражног поступка може одредити привремене мере којима се спречава настанак или увећање штетних ефеката на конкуренцију.

Одлуке Канцеларије (и секторских регулаторних тела) су подложне жалби Апелационом трибуналу за конкуренцију (у саставу Комисије за конкуренцију). Одлуке овог трибунала се, даље, могу побијати жалбом Апелационом суду (члан 46-49 Закона о заштити конкуренције 1998).

С друге стране, контрола концентрација се врши према материјалним одредбама другог закона – Закона о предузетништву (2002). Надлежно тело за спровођење поступка контроле и истраге јесте *Комисија за заштиту конкуренције* (Комисија за монополе и концентрације према ранијем Закону о рестриктивним праксама из 1976. године). Поред ове, основне надлежности, Комисија је задржала и део надлежности у области контроле монопола по одредбама Закона о рестриктивним праксама из 1973. године, преузетим Законом о предузетништву (2002). Тачније, задржала је надлежност у испитивању тзв. структурних монопола (сложених и великих монопола).

У погледу контроле концентрација, за разлику од европског режима, британски не предвиђа обавезно претходно пријављивање планиране концентрације, тачније, могућа је и накнадна контрола већ спроведених концентрација. И овде је орган који прелиминарно врши оцену ефеката статусне промене – Канцеларија за поштену трговину. Она може донети одлуку да упути квалификоване случајеве Комисији за конкуренцију, која предузима свеобухватни поступак испитивања, односно истраге. Само у изузетним случајевима концентрација које дају повода за процену јавног интереса, коначну одлуку уместо Комисије може донети Државни секретар за пословање, предузетништво и регулаторну реформу.

Против одлуке Комисије се може изјавити жалба Апелационом трибуналу за конкуренцију (као и против одлуке Канцеларије за поштену трговину и секторских регулаторних тела). Интересантно је да право жалбе против одлуке Канцеларије (Генералног директора Канцеларије) могу имати и *трећа лица* (лица која нису имала статус учесника у поступку). Потребно је да докажу да имају довољан правни интерес, било да се ради о појединцима (физичком или правном лицу), или да се ради о групи (организацији за заштиту потрошача, синдикату). О жалби одлучује сам Генерални директор, а против те одлуке је могуће изјавити нову жалбу Комисији за заштиту конкуренције, тачније, Апелационом трибуналу (у саставу Комисије за заштиту конкуренције). Изузетно (због повреде материјалног права или против одлуке о висини новчане казне) могуће је изјавити и жалбу против одлуке Комисије за заштиту конкуренције (Апелационог трибунала) Апелационом суду.

Посебан значај у систему заштите конкуренције имају одредбе Закона о предузетништву (2002) којима је прописана *кривична одговорност за учеснике картела*.⁴⁷

Такође, посебне одредбе важе у односу на поступак испитивања *концентрација у области медија*, у циљу заштите интереса јавности за одржавањем квалитета услуга, као и разноврсности извора информација и слободе изражавања. Оцену јавног интереса може да спроведе Државни секретар, према посебној одредби Закона о комуникацијама (2003).

Уведена је и одредба (члан 40-41 Закона о заштити конкуренције 1998) о ограниченом *имунитету малих фирми* од изрицања новчаних казни, уколико њихов годишњи промет не прелази 20 милиона фунти.

Иако Закон о заштити конкуренције 1998 не садржи изричиту и јасну одредбу да се, независно од поступка за испитивање повреде конкуренције пред Канцеларијом и Комисијом, може покренути *судски поступак за накнаду штете* због повреде закона (енг. *breach of statutory duty*), одредба члана 58 имплицитно упућује на такав закључак. Овом одредбом је прописано да се чињенице утврђене од стране Генералног директора могу користити у судском поступку. У току парламентарног поступка усвајања Закона, изражен је став да ова одредба јасно упућује да заинтересована лица могу покренути судски поступак за накнаду штете. То је био и став владе у поступку израде законског предлога.

Тужба за накнаду штете може се поднети Апелационом трибуналу за конкуренцију или Вишем суду. У складу са одредбом члана 16 Закона о предузетништву 2002, могуће је да Виши суд ове тужбе (као и остале предмете са елементима заштите конкуренције) уступи на решавање Апелационом трибуналу за конкуренцију. То значи да овај трибунал има приоритет у решавању спорова по тужби за накнаду штете због повреде конкуренције. Иако је Велика Британија либерална по питању услова за покретање ових спорова, пракса њиховог решавања је у зачетку, за разлику од судске праксе у САД-у.

Значајан помак остварен је пресудом у случају *Provimi v Aventis (2003) EWHC 961 (comm)*. Овом судском одлуком је утврђено да – када картел има додирних тачака са Енглеском – тужилац може тражити накнаду штете пред судом у Лондону, и то у

⁴⁷ Section 188, The Enterprise Act 2002.

односу на укупну штету коју је претрпео на територији Европске уније, уместо да подноси посебне тужбе у свакој од држава на чијој је територији штета настала.

С друге стране, британски правни режим накнаде штете због повреде конкуренције не нуди погодности које има амерички систем – могућа је накнада само реститутивне штете (енг. *compensatory damages*), а не и штете која има казни карактер, као што је троструки износ претрпљене штете (енг. *US-style treble damages*). Поред тога, не постоји једнакост између британских репрезентативних тужби и америчког система класних тужби (енг. *U.S. class action system*).

У Енглеској је могуће, сходно одредби **члана 47В Закона о заштити конкуренције**, да тужбу за накнаду штете поднесу одређена удружења потрошача (тужба Апелационом трибуналу за конкуренцију). Поред тога, Виши суд може дозволити да се поступак води по тужби два или више (групе) парничара, у складу са одредбама Дела 19 Правила о грађанском поступку – *Group litigation orders (Part 19 of the Civil Procedure Rules)*. Новији (2009) пример покренутог поступка за накнаду штете од стране неколико европских произвођача свећа против компаније *Shell and Exxon Mobile*, покренут је након доношења одлуке Европске комисије у октобру 2008. године против картела произвођача парафинског воска.

Процесно гледано, поступак по жалби против одлуке Европске комисије пред Европским судом, не представља сметњу за вођење независно покренуте парнице за накнаду штете. Међутим, овај поступак се не може окончати пре него што Европски суд донесе одлуку у жалбеном поступку. Овде није реч о изричитој процесној одредби која налаже застој поступка за накнаду штете у наведеној ситуацији, већ о ставу који проистиче из досадашње судске праксе.

У току поступка за накнаду штете, Апелациони трибунал за конкуренцију може донети привремену одлуку о накнади штете (CAT – *award of interim damages*). Таква одлука је донета у случају *Healthcare at Home v Genzyme* (2006) CAT 29.

2.4. Актуелни правци промене политике и права заштите конкуренције у Великој Британији

Приказани правни режим заштите конкуренције у Великој Британији је у поступку преиспитивања услова за спровођење процесне и институционалне реформе.

Влада Велике Британије је марта 2012. године објавила план ове реформе, као одговор на претходно спроведени поступак јавних консултација.⁴⁸

Први циљ намераваних промена је обједињавање надлежности за испитивање концентрација и истраживање тржишта у једном органу (енг. *Competition and Markets Authority* – „СМА“), уместо досадашња два (енг. *Office of Fair Trading* – „ОФТ“; *Competition Commission* – „СС“). Намера ове институционалне реформе је да се наведени поступци убрзају, као и да се повећа ефикасност, односно учинак спроведених поступака. План Владе је да нова институција почне са радом априла 2014. године.⁴⁹

Једна од најконтроверзнијих предложених мера јесте укидање субјективног елемента (лат. *mens rea*) у бићу кривичног дела организовања и деловања картела, представљеног у виду *намере*, тачније, *непоштене намере* (енг. *'dishonesty'*) учесника картела.⁵⁰

Поступак испитивања концентрација би требало да задржи концепт *добровољне пријаве*, што је једна од специфичности британског система заштите конкуренције. Институционално обједињавање функција Канцеларије за поштену трговину и Комисије за конкуренцију неће се одразити на процесни механизам испитивања концентрација, који ће се и даље одвијати у две фазе (енг. *„phase I“*, *„phase II“*). Новина је што ће време за прву фазу (скраћеног) испитивања бити ограничено на 40 дана,⁵¹ што би могло да доведе до супротних ефеката – с једне стране, стоги временски оквир за доношење одлуке о томе да ли постоји потреба за достављање и испитивање допунских доказа у другој фази поступка доноси већу правну сигурност учесницима концентрације; с друге стране, такав рок може представљати притисак на надлежни орган да отпочне другу фазу испитивања концентрације, иако није у потпуности убеђен (на основу анализе достављених доказа у првој фази) да је то заиста и неопходно.

⁴⁸ BIS (Department for Business, Innovation & Skills), Growth, Competition and the Competition Regime: „Government Response for Consultation“, March 2012.

⁴⁹ *Ibid*, pp. 4.

⁵⁰ *Ibid*, pp. 66-67.

⁵¹ *Ibid*, pp. 8.

3. Немачка

3.1. Закон против ограничавања конкуренције ('GWB')

Немачка је европска земља са најдужом традицијом у санкционисању картела. У одсуству посебног закона о заштити конкуренције, немачки судови су формирали правни став према картелима одмеравањем принципа слободе уговарања и слободе пословања, на једној страни, у односу на законске одредбе о ништавости правног посла који је очигледно супротан општеприхваћеним правилима морала. У том смислу, посебно је значајна одлука највише судске инстанце у предмету *Saxon Wood Pulp* из 1897. године. Суд је, наиме, донео одлуку да одржи на снази уговорна ограничења према члану картела, уз образложење да картели могу допринети остваривању корисних ефеката, спречавањем пропадања појединих фирми и стабилизацијом цена.⁵² Ова одлука је определила будући доминантни став судских и других органа заштите конкуренције у Немачкој, али и у Европи, током већег дела двадесетог века.

Економска криза и раст инфлације у периоду Вајмарске Републике довели су до усвајања првог правног акта у Европи у области заштите конкуренције. Реч је о акту усвојеном ради спречавања инфлације – Уредба о забрани злоупотребе економске моћи из 1923. године – *Regulation Against Abuse of Economic Power Positions*. Уредбом је установљен Картелски суд (*the Cartel Court*), који је, заправо, по свом саставу и начину одлучивања имао карактер административног органа – чланови Картелског суда су били представници редовних судова, специјалног економског (привредног) суда (*the Economic Court*), али и независни стручњаци и представници странака у спору. Одлуке Картелског суда нису довеле до битне промене става према картелима, који је остао толерантан.

Тридесетих година двадесетог века наступила је економска депресија, која је у атмосфери идеологије национал-социјализма довела до укидања Уредбе о забрани злоупотребе економске моћи. И поред тога, упоредо се развијала идеологија ордо-либерализма која је постала платформа за законодавне промене након Другог светског

⁵² Organisation for Economic Co-operation and Development, „Competition Law and Policy in Germany“, *OECD Competition Journal* 2005.

рата.⁵³ За време окупације Немачке од стране савезника Алијансе, донети су правни акти привременог карактера у америчкој и британској зони окупације. Ови акти су донети у оквиру тзв. програма декартелизације (енг. *de-cartelization program*) који је имао за циљ да разбије спрегу политичких и економских интереса путем реструктурирања великих немачких компанија. Потпуно одвојено од ових аката и циљева окупационих влада, представници ордо-либералног политичког покрета су већ 1949. године сачинили нацрт закона о заштити конкуренције. Усвојен је 1957. године и почео да се примењује од 1. јануара 1958. године под називом Закон против ограничавања конкуренције – *The Act against Restraints on Competition (ARC)*.

Значајну новину представљало је оснивање независног органа за спровођење Закона, Федералне канцеларије за картеле – *The Bundeskartellamt (BKartA)*. Прве измене Закона уследиле су 1973. године, одредбама које су појачале контролу злоупотребе економске моћи, забраниле одређивање малопродајних цена, али и омогућиле споразуме између средњих и малих привредних субјеката, у циљу побољшања њиховог положаја на тржишту. Уведен је нови, додатни орган заштите конкуренције – *Комисија за монополе, the Monopolies Commission*, са улогом надгледања тржишта и конкурентности и преиспитивања концентрација. Контрола концентрација је добијала све већи значај у активностима Федералне канцеларије за картеле. Може се рећи да је Немачка била водећа земља у Европској унији (тада ЕЕЗ) у активној контроли концентрација са циљем спречавања стварања монопола. Једна од примарних улога Канцеларије је била и вођење националног регистра картела (*National Registry of Cartels*), који је укинут 1985. године.

3.2. Прилагођавање Закона европском праву конкуренције

У периоду развоја и примене немачког права, постојала су (у појединим сегментима заштите конкуренције) значајна одступања у односу на европско право заштите конкуренције. Иако овај проблем у почетку није био од нарочито великог значаја – имајући у виду различитост полазних основа за заснивање надлежности националних и европских органа за заштиту конкуренције – потреба за усклађивањем

⁵³ Један од водећих представника ове идеологије која се залагала за принципе друштвено оријентисаног тржишта (енг. *social market economy*), био је професор Фрибуршког факултета (*Freiburg faculty*), *Ludwig Erhard*.

прописа је настала ступањем на снагу Уредбе (Регулативе) ЕУ 1/2003 од 16. децембра 2002. године о примени правила за заштиту конкуренције садржаних у одредбама члана 81 и 82 Уговора ЕЗ.⁵⁴ Наведени европски акт је увео систем децентрализације спровођења поступка испитивања споразума и рестриктивних аката који утичу на трговинске односе између држава-чланица, односно, који остварују утицај на заједничком тржишту ЕУ.

То је довело до усвајања седмих по реду измена и допуна Закона против ограничавања конкуренције јуна 2005. године, које су почеле да се примењују од 1. јула 2005. године.⁵⁵ Овим изменама су укинуте многе одредбе које су представљале особеност немачког система правне заштите конкуренције. Промене су изазване одредбом члана 3(1) Уредбе ЕУ 1/2003, којом је прописана дужност судова и других органа заштите конкуренције да примењују национално право конкуренције у складу са одредбама члана 81 и 82 Уговора ЕЗ. Поред тога, одредбом члана 3(2) Уредбе, одређено је да примена домаћег права заштите конкуренције не може за последицу имати забрану споразума, одлука и усаглашене праксе – који могу утицати на трговину између држава-чланица – ако се истима не врши повреда конкуренције у смислу члана 81(1) Уговора ЕЗ, односно, уколико би исти били изузети од забране у складу са чланом 81(3) Уговора ЕЗ.⁵⁶ Укратко, ако су одредбе националног права строжије у односу на одредбе члана 81 Уговора ЕЗ, оне се неће примењивати на споразуме, одлуке удружења и усаглашене праксе који утичу на трговину између држава-чланица, већ само на такве акте регионалног или локалног карактера. Наведено ограничење у примени националног права не односи се на једностране облике ограничавања конкуренције, предвиђене у члану 82 Уговора ЕЗ (злоупотреба доминантног положаја). Због тога су измене Закона у Немачкој превасходно имале за циљ преуређење контроле и санкционисања споразума, одлука и усаглашених пракси, док су одредбе о једностраним облицима ограничавања конкуренције углавном остале непромењене. Тако је одредбом члана 22 став 2 Закона установљено начело приоритета у примени

⁵⁴ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on the Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty, 2003 O.J. (L 1/1).

⁵⁵ Law against Restraints of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB). Незванична верзија Закона на енглеском језику доступна је на интернет-адреси: http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/GWB/GWB-Stand_August_2011- E.pdf (последњи пут приступљено дана 18.11.2012. године).

⁵⁶ Andreas M. Klees, „Breaking the Habits: The German Competition Law after the 7th Amendment to the Act against Restraints of Competition (GWB)“, *German Law Journal*, Vol. 07 No. 04, pp 400.

члана 81 Уговора ЕЗ, док је одредбом члана 22 став 3 Закона установљено начело допунске примене домаћег права уз члан 82 Уговора ЕЗ.

Прилагођавањем одредаба о рестриктивним споразумима, немачко право је изменило законску одредбу која је предвиђала општу забрану само за хоризонталне споразуме. Према старом немачком закону, вертикални споразуми су били забрањени уколико су садржали одредбе о одређивању цене или услова пословања (*terms of business*). Остали облици вертикалних споразума су могли бити само предмет контроле због сумње у злоупотребу монопола или релативне економске моћи (зависности). Такво решење било је последица става да већина вертикалних споразума остварује позитивне ефекте на конкуренцију. Увиђањем да не би било оправдано одржати паралелни систем правне заштите за локалне и регионалне споразуме, на једној страни, односно за споразуме са утицајем на трговину између држава-чланица, на другој – немачки законодавац је под општу забрану рестриктивних споразума уврстио и вертикалне споразуме (члан 1 Закона). Чини се, ипак, да ове законске измене и нису представљале сувише значајан преокрет у примени права заштите конкуренције, имајући у виду да је процес посредне хармонизације по питању вертикалних споразума започет ранијом Уредбом Комисије бр. 2790/1999 о примени члана 81(3) Уговора ЕЗ на одређене врсте вертикалних споразума и усаглашене праксе.⁵⁷

Систем појединачних изузећа од забране (раније чланови 2-6 Закона) је готово потпуно замењен општим изузимањем од забране (члан 2 став 1 новог Закона), у складу са условима предвиђеним у члану 81(3) Уговора ЕЗ. Задржана је одредба члана 4 став 1 претходног закона (сада члан 3) о посебној врсти изузимања од опште забране у односу на мале и средње привредне субјекте. То је последица става о потреби да се подржи удруживање и сарадња између припадника групе слабијих и зависних привредних субјеката, имајући у виду да позитивни ефекти надмашују последице ограничавања конкуренције. Претпоставка опште корисности ове групе споразума, постоји уколико су испуњени услови из члана 3 Закона – ако конкуренција на релевантном тржишту није значајно ограничена, као и ако споразум или одлука имају за циљ развој конкурентности малих и средњих предузећа. У супротном, тачније, у случају сумње да наведени услови нису испуњени, појединачни споразум из ове групе може бити

⁵⁷ Commission Regulation (EC) No. 2790/1999 on the application of Article 81 (3) of the Treaty to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices, 1999 O.J. (L 336) 21.

пријављен органу за заштиту конкуренције ради испитивања и одобравања у складу са општим условима за изузимање од забране из члана 2 став 1 Закона.

Општи услови за изузимање споразума, одлука и рестриктивне праксе од забране, предвиђени у члану 2 став 1 Закона, одговарају условима из члана 81(3) Уговора ЕЗ: 1. остваривање напретка и иновација у производњи или дистрибуцији производа, или технички, као и економски напредак; 2. преливање значајног дела остварених користи на потрошаче; 3. споразум не садржи ограничења која нису неопходна за остваривање означених користи; и 4. постојећа ограничења не доводе до нарушавања конкуренције у већем делу релевантног тржишта. Ови услови се морају тумачити и примењивати у складу са тумачењима и применом члана 81(3) Уговора ЕЗ од стране европских судова и Европске комисије. Терет доказивања испуњености услова је на привредном субјекту који подноси захтев за изузимање споразума од забране. Ипак, у одређеним случајевима долази до преваљивања терета доказивања на орган заштите конкуренције, као на пример, у поступку који се покреће по службеној дужности у циљу опозива примене групног ослобођења на одређени споразум (члан 32 Закона, видети и члан 33 Закона).

Сходно одредби члана 2 став 2 алинеја 1 немачког Закона, уредбе Европског савета и Европске комисије о групним ослобођењима (*block exemptions*) се – применом законског начела директне везе (енг. *'dynamic link'*, нем. *'dynamischer verweis'*) – непосредно примењују у поступку тумачења и примене одредбе члана 2 став 1 Закона. Тиме је омогућена њихова интеграција у систем домаћег права, без потребе за будућим изменама закона. У том смислу, и секундарни необавезујући извори права ЕУ посредно добијају карактер обавезујућих правних аката. Реч је о меким изворима права, попут упутстава и препорука за примену уредби ЕУ, нпр. *the Commission Notice Guidelines on Vertical Restraints, 2000 O.J. (C 291) 01*.

Поред предвиђене могућности изузимања од забране у складу са општим условима, као и поред посебно изузетих споразума између малих и средњих привредних субјеката, одређене врсте споразума су потпуно искључене из поља примене члана 1 Закона. Ради се о споразумима у сектору пољопривреде (члан 28 Закона, у складу са Уредбом ЕУ бр. 26/62), као и о споразумима о одређивању малопродајних цена на тржишту дневних новина и часописа (*resale price maintenance for newspapers and magazines*). Укинута су одредбе претходног Закона према којима се одредба о забрани рестриктивних споразума није примењивала на одређене привредне

делатности, попут: кредитирања и осигурања, колективног остваривања ауторских права, и спорта.

Као што је напред већ напоменуто, одредбе члана 19 до 21 Закона (сада део 1, одељак II: „*Тржишна доминација, рестриктивне праксе*“) остале су у великој мери непромењене. Уредба ЕУ бр. 1/2003 садржи одредбу, донету под притиском немачких представника (тзв. „*немачка одредба*“, енг. '*the German clause*'), према којој домаћи органи контроле и заштите конкуренције могу – упоредо са одредбом члана 82 Уговора ЕЗ – да примењују и одредбе домаћих прописа, без обзира да ли су друкчији или строжији од члана 82 Уговора ЕЗ. У немачком Закону, реч је о одредбама члана 19 („*Злоупотреба доминантног положаја*“) и члана 20 („*Забрана дискриминације и непоштеног ометања*“ – *Prohibition of Discrimination and Unfair Hindrance*).

У овом сегменту заштите конкуренције, немачко право садржи значајне особености у односу на законе других држава-чланица ЕУ, као и у односу на европско право. Ради се о одредбама: о презумпцији постојања доминантног положаја (члан 19 став 3, члан 19 став 4 тачка 4 Закона); о посебном правилу које се односи на мала и средња предузећа (члан 20 став 2 Закона); о посебној забрани непоштене праксе (ометања) која се односи на субјекте са значајном тржишном моћи, попут понуде робе и услуга по цени нижој од нормалне цене (члан 20 став 4 Закона); као и додатној одредби члана 19 став 2 Закона, којом је појашњено да релевантно географско тржиште може бити шире од територије примене немачког Закона против ограничавања конкуренције (тачније, да се може простирати изван територије Савезне Републике Немачке). Овај став (о екстратериторијалној примени немачког Закона против ограничавања конкуренције) је претходно потврђен у судској пракси, пресудом Савезног суда *Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice – BGH), Case „Staubsuengermarkt“, 2004, 57 NJW 3711 (2004)*. Нови немачки Закон више не садржи одредбе о забрани препорука о цени (раније члан 22) и необавезујућим препорукама цене производа заштићених познатим знаком (енг. „*non-binding price recommendations for branded goods*“).

3.3. Надлежност, поступак и мере заштите конкуренције

Процесне одредбе Закона су, такође, усклађене са одредбама Уредбе ЕУ бр. 1/2003. Укинута је систем обавезног пријављивања споразума и замењен системом непосредног изузимања од забране. Надлежност домаћих органа за заштиту

конкуренције уподобљена је одредби члана 5 Уредбе, њеним проширењем услед увођења децентрализоване примене европског права заштите конкуренције. Значајно су повећане административне новчане казне за утврђене повреде. Уређена су додатно и питања укључивања Федералне канцеларије за картеле (*Bundeskartellamt – Federal Cartel Office*) у Европску мрежу за заштиту конкуренције („*European Competition Network*“ – *ECN*), као и питања сарадње између домаћих судова и Европске комисије у вези са поступцима у којима се примењују одредбе члана 81 и 82 ЕЗ Уговора.

Систем непосредно применљивих изузећа од забране заснива се на одредби члана 2 став 1 новог немачког Закона – сви споразуми који испуњавају услове из ове одредбе, аутоматски се изузимају од опште забране предвиђене у члану 1 Закона. Такав систем захтева повећани степен опрезности и потребе преиспитивања значаја и ефеката споразума од стране самих учесника у споразуму („*самоиспитивање*“, енг. '*self-assessment*').

Установљавањем новог режима заштите конкуренције у складу са европском Уредбом бр. 1/2003, настао је систем паралелних надлежности уз могућност уступања предмета са наднационалног на национални ниво контроле и заштите, и обрнуто. Такав систем је подразумевао међусобно усклађивање одредаба о овлашћењима органа за заштиту конкуренције.⁵⁸ Према члану 32 став 1 и 2 немачког Закона, домаћи органи, поред овлашћења да забране одређено понашање, могу да изрекну сваку меру која је неопходна да би се отклонила повреда одредбе члана 81 или 82 Уговора ЕЗ, или одредбе домаћег права заштите конкуренције. Супротно од одредбе члана 7(2) Уредбе бр. 1/2003, структурне мере нису изричито наведене у члану 32 немачког Закона. И поред тога, став је законодавца да се ова врста мера може изрећи када не постоји ефективна мера забране понашања или мера којом се налаже одређено понашање, односно чињење. Надлежни орган може донети и одлуку којом се утврђује да је повреда конкуренције учињена у ранијем периоду, уколико за то постоји легитимни интерес, нпр. ако постоји реална опасност да се исто или слично понашање понови у будућности. Поред тога, могуће је изрицање по службеној дужности привремених мера,

⁵⁸ Немачки органи надлежни за примену члана 81 и 82 ЕЗ Уговора су Федерална канцеларија за картеле и највиши органи управне власти у федералним јединицама – *Federal Cartel Office (Bundeskartellamt)*; *the highest administrative authorities of the German Länder (Oberste Landesbehörden)*. За одлучивање по приговорима и жалбама против одлука Федералне канцеларије за картеле, искључиво је надлежан Виши регионални суд у Диселдорфу – *the Higher Regional Court of Düsseldorf*, као и Савезни суд – *the Federal Court of Justice*. Од 2002. године виши регионални судови морају изричито да одобре право на подношење жалбе против својих одлука по питањима примене права, о којима одлучује Савезни суд.

у случају постојања непосредне опасности настанка озбиљне и ненадокнадиве штете за конкуренцију. Ове мере су ограниченог времена трајања, али се могу и продужавати, при чему укупни период трајања не може бити дужи од годину дана.

Веома значајан облик одлуке која се може донети јесте тзв. „одлука о обавезивању“ (енг. „*commitment decision*“). Предвиђена је у одредби члана 32б немачког Закона, у складу са чланом 9 Уредбе бр. 1/2003. Наиме, исцрпљујући и скуп поступак испитивања свих чињеница од значаја за оцену понашања привредних субјеката и штетних ефеката на конкуренцију, могуће је заобићи признањем повреде конкуренције и прихватањем услова за отклањање штетних последица. Наиме, субјект под истрагом преузима одговорност за повреду конкуренције и пристаје на одређене измене пословне праксе и мере отклањања насталих штетних последица. Овакав начин решавања започетог поступка истраге није погодан када надлежни орган има намеру да изрекне новчану казну према учиниоцу. С друге стране, самовољно обавезивање учиниоца на предузимање мера отклањања штетних последица прати претња изрицања новчане казне због неиспуњавања преузетих обавеза, која може достићи и 10% укупног промета оствареног у претходној пословној години (члан 82 став 2 тачка 2а, (4) алинеја 2 немачког Закона). У одређеним ситуацијама, такође, може доћи до обнављања поступка истраге након усвајања одлуке о обавезивању: ако се у току спровођења одлуке значајно промене чињенице на којима је одлука заснована; ако се учинилац понаша супротно преузетим обавезама; и ако је одлука заснована на непотпуним, нетачним или обмањујућим подацима достављеним од стране учесника у поступку. Обнављању поступка претходи поништај одлуке о обавезивању. Реч је о посебном поступку поништаја управне одлуке који се не спроводи применом општих одредаба о поништају управних аката у смислу члана 48 (и осталих) Закона о управном поступку.

Према одредби члана 32ц немачког Закона, надлежни орган може донети и негативну одлуку, тј. одлуку да нису испуњени услови предвиђени одредбама члана 1 и 19-21 Закона, односно члана 81 или 82 Уговора ЕЗ за покретање поступка. Ова одлука нема конститутивни карактер и не обавезује трећа лица, као ни судове. Дискреционо је право органа да одлучи да ли ће поводом тога изградити формалну одлуку (члан 61) или ће незванично објавити да нису испуњени услови за покретање поступка. Од тог правила, предвиђен је изузетак у случају малих и средњих привредних субјеката који, сходно члану 3 став 2 Закона, могу тражити доношење званичне (формалне) одлуке, уколико учине вероватним постојање значајног правног или економског интереса.

Посебну врсту одлуке представља одлука надлежног органа да опозове корист од примене правила о групним изузимањима од забране. То је омогућено одредбом члана 32е немачког Закона, у вези са чланом 29(2) Уредбе бр. 1/2003. Одлуку је могуће донети само у односу на територију на којој се простире надлежност домаћег органа заштите конкуренције (национална територија или део националне територије који представља засебно географско тржиште) и само онда када споразум у питању производи штетне последице на тој територији, које су неспојиве са одредбама члана 2 став 1 немачког Закона, односно члана 81(3) Уговора ЕЗ.

Предвиђено је и право надлежног органа да спроводи истраживање тржишта по службеној дужности, нарочито у случају непроменљивости цена или других околности које указују на могуће ограничавање конкуренције. У том смислу, ради прикупљања неопходних података о тржишту и пословању тржишних учесника, надлежним органима је дато тзв. „право анкетања“.

Значајну новину представљају одредбе о административним новчаним казнама. Казне су значајно увећане, у складу са обавезом држава-чланица да обезбеде санкцију за повреду европског права која је ефективна, пропорционална и превентивна. Реч је о одредби члана 81 став 4 немачког Закона, којом су стандардне (опште) казне подигнуте са 500.000 евра на 1 милион евра (за озбиљне повреде), односно са 25.000 евра на 100.000 евра (за мање озбиљне повреде). Међутим, заменом раније одредбе о стицању монополског профита, као услова за изрицање посебне, строжије казне, настала је дебата о уставности нове одредбе, која даје могућност изрицања новчане казне до 10% укупног промета у претходној пословној години било ком учеснику у споразуму. И поред ових дилема, одредба је усвојена, јер је нужно чинила саставни део тзв. „минималне хармонизације“ одредаба домаћих закона у области заштите конкуренције (енг. *minimum harmonization*).

Посебним одредбама је омогућена пуна сарадња између домаћих органа заштите конкуренције и Европске комисије. Основ ове сарадње предвиђен је одредбама непосредне примене, тачније, одредбама члана 11 и 12 Уредбе 1/2003. Потпуније одреднице садржи посебна група одредаба члана 50а немачког Закона. Други облик сарадње постоји између домаћих судова и Европске комисије, у смислу члана 15 Уредбе бр. 1/2003, односно члана 90а немачког Закона. Судови су у обавези да одговоре на захтев Европске комисије, поднет у складу са чланом 15 (1) Уредбе.

3.4. Улога немачких судова у заштити конкуренције

Судови имају посебно и значајно место у немачком систему заштите конкуренције, у парницама по приватним тужбама за накнаду штете настале повредом законске обавезе (обавезе уздржавања од закључивања споразума и других аката којима се наноси штета конкуренцији). То су тзв. „офанзивне“ парнице (енг. „*sword litigation*“). Могуће је, такође, да захтев за накнаду штете буде истакнут у парници по тужби другог учесника у споразуму за извршење споразума или накнаду штете због неизвршења уговорне обавезе. Овај захтев процесно се истиче у форми противтужбе, па поступак по противтужби има карактер тзв. „дефанзивне“ парнице (енг. „*shield litigation*“). Офанзивне парнице за накнаду штете због повреде конкуренције се у Немачкој, најчешће, покрећу тек по окончаном административном поступку испитивања повреде пред надлежним органом. То су тзв. „*follow-on-actions*“ (енг), тачније, парнице које се покрећу након окончаног поступка пред домаћим или европским органом за заштиту конкуренције, на основу одлуке тог органа о утврђивању настале повреде конкуренције.

Одредбе члана 81 и 82 Уговора ЕЗ имају дејство непосредне примене, како хоризонталне тако и дијагоналне. Тачније, на повреду ових одредаба могу се позивати физичка и правна лица пред домаћим правосудним органима. Они то могу чинити чак и онда када су и сами уговорна страна у споразуму којим се врши повреда конкуренције. Такав став потврђен је пресудом Европског суда правде у предмету *Courage v. Crehan* 2001. године: (*цит*) „. . . *any individual can rely on a breach of the EC competition rules even 'where he is a party to a contract that is liable to restrict or distort competition'*.“⁵⁹ Уједно је означио и нови период појачане активности Европске комисије у циљу промоције и хармонизације националних прописа који пружају институционалну подршку приватноправној заштити конкуренције пред судовима.

Немачка је ове тенденције прихватила приликом измена и допуна Закона 2005. године. Ублажене су или измењене раније одредбе које су ограничавале активну легитимацију лица за подношење тужбе за накнаду штете због повреде конкуренције, као и одредбе које су имале ограничавајући ефекат у погледу материјалноправних и

⁵⁹ Case C-453/99, *Courage and Crehan* 2001 E.C.R. I-6297. Наведено према: Wolfgang Wurmnest, „A New Era for Private Antitrust Litigation in Germany? A Critical Appraisal of the Modernized Law against Restraints of Competition“, *German Law Journal*, Vol. 6 No 8, 2005, pp. 1178.

процесних овлашћења странака у поступку. Одредбама члана 33 новог немачког Закона, напуштен је *Schutzgesetzprinzip* (принцип који је право на подношење тужбе признавао само лицима која су непосредно претрпела штету), увођењем теста „*affected parties test*“ (енг).⁶⁰ Проширен је, тиме, круг лица која имају право да поднесу тужбу против учиниоца повреде конкуренције на лица на која је преваљена штета у ланцу пословних односа (промета) од произвођача до крајњег потрошача. Овим лицима је дато право да поднесу захтев за отклањање повреде, изрицање мере забране и накнаду штете (када је она последица намере или непажње учиниоца), сходно члану 33 став 1 и 3 Закона. Поред тога, уведено је ограничење у погледу коришћења приговора преваљивања штете на друге учеснике у промету (енг. „*passing-on-defence*“) – члан 33 став 3 алинеја 2 Закона.⁶¹ Одобрени су захтеви за досуђење камате на износ процењене штете од њеног настанка (енг. „*prejudgment interest*“) – члан 33 став 3 алинеја 4 и 5 Закона.⁶² Посебно је важна законска одредба о обавезности одлука надлежних органа за заштиту конкуренције у судском поступку (енг. „*follow-on-actions*“) – члан 33 став 4 Закона.⁶³ Уведена је одредба о застоју тока застарелости за истицање захтева за накнаду штете (члан 33 став 5 Закона),⁶⁴ као и посебна одредба о вредности ове врсте спорова (у износу мањем од висине штете опредељеног у захтеву), све у циљу смањивања финансијског ризика странке у поступку, који има ефекат одвраћања од парницења (члан 89а Закона).

Оно што представља и даље ограничавајући фактор у овој врсти парница јесте чињеница да немачко право не познаје институт колективне тужбе, попут Сједињених Америчких Држава. Тиме је ускраћено право заштите и компензације потрошача, који појединачно немају интерес да покрећу парницу овог типа, али имају интерес да то

⁶⁰ Пре ових измена, право на подношење тужбе за накнаду штете због повреде конкуренције ценило се према општим одредбама немачког Грађанског законика - § 823 (2) *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).

⁶¹ Утврђивање штете, настале куповином производа по монополској цени, не спречава чињеница да је роба даље продата у ланцу промета. Ипак, постоји могућност умањења висине претрпљене штете за износ користи које је оштећени остварио препродајом производа.

⁶² Стопа по којој се обрачунава ова камата једнака је последњој основној (базичној) каматној стопи, постигнутој у пословима основног рефинансирања Европске централне банке, увећаној за 8 процентних поена (око 9,17% годишње).

⁶³ Обавезност важи не само у односу на одлуке домаћих органа за заштиту конкуренције, већ и таквих органа других држава-чланица ЕУ (то могу бити и судови), као и у односу на одлуке Европске комисије.

⁶⁴ Општи рок застарелости код захтева за накнаду штете (три године од дана сазнања за учиниоца и штету) застаје даном покретања административног поступка испитивања повреде конкуренције. Застој престаје по истеку шест месеци од дана када је надлежни орган донео коначну одлуку у поступку, или је поступак окончао на неки други начин. Сличну одредбу садржи и амерички закон – *Sec. 5 of the Clayton Act*.

чине преко својих организација. Иако ни британско право не предвиђа колективну тужбу као самостални процесни институт, британски Закон о конкуренцији из 1998. године садржи листу колективних организација потрошача које имају овлашћење да поднесу тужбу за накнаду штете у своје име а за рачун потрошача.⁶⁵ Немачки закон, за сада, не даје такву могућност. С друге стране, одредбом члана 34а овог закона дато је право удружењима (привредним коморама) да траже одузимање добити коју је остварио учинилац повреде конкуренције. Међутим, одузета добит се не досуђује удружењу на име претрпљене штете, већ Савезном буџету (*Bundeshaushalt*). Поред тога, ово право је супсидијарно у односу на овлашћења надлежног органа за заштиту конкуренције утврђена у члану 34 Закона, као и на све остале захтеве за плаћање, у вези са учињеном повредом конкуренције.

Према одредби члана 90 (1) немачког Закона, судови пред којима је покренут поступак у обавези су да о случају обавесте Федералну канцеларију за картеле, увек када је реч о спору проистеклом у вези са повредом европског или немачког права заштите конкуренције.

3.5. Концентрације

Измене Закона из 2005. године нису увеле значајне измене у области контроле концентрација (*secs. 35 et seqq. GWB*). Иако је Уредбом ЕУ о концентрацијама бр. 139/2004 уведена одредба о примени теста „значајног нарушавања ефективне конкуренције“ (*SIEC-test* – „*Significant Impediment to Effective Competition*“), одредба није нашла своје место у немачком Закону. Тачније, задржан је тест тржишне доминације (енг. *the market dominance test*), који је и даље мерило испитивања концентрација од стране немачких органа за заштиту конкуренције (у случајевима који немају комунитарни значај). За разлику од других аката повреде конкуренције, у области концентрација не постоји нужност усклађивања домаћег и европског права, захваљујући одвојеним надлежностима између Европске комисије и домаћих органа заштите конкуренције.

Једина значајна измена Закона у том делу, уведена је одузимањем суспензивног дејства жалбама трећих лица против одлуке о одобравању концентрације (члан 40 став

⁶⁵ Section 47B of the UK Competition Act 1998.

2 Закона). Суспензивно дејство жалбе може одредити Апелациони суд у Диселдорфу (Виши регионални суд), под условима предвиђеним одредбама члана 65 Закона.

4. Словенија

4.1. Закон о спречавању ограничавања конкуренције

Република Словенија је први закон у области заштите конкуренције донела у поступку прилагођавања својих прописа прописима Европске уније, чији је циљ био приступање Словеније европској заједници држава. Тачније, Закон о спречавању ограничавања конкуренције донет је 1999. године, при чему је додатно усаглашавање са принципима и променама комунитарног права извршено изменама из 2004. и 2007. године.⁶⁶

Системске промене права конкуренције ЕУ, уведене Уредбом бр. 1/2003 о примени члана 81 и 82 Уговора ЕЗ и Уредбом бр. 139/2004 о контроли концентрација, довеле су и до неопходних промена словеначког закона.⁶⁷ То је учињено изменама Закона из 2004. и 2007. године, као и новим Законом о спречавању ограничавања конкуренције из 2008. године (са изменама из 2009. године).⁶⁸

Закон има прегледну и јасну структуру, а његове одредбе потврђују актуелност и усклађеност са европским правом заштите конкуренције. Поред ранијих института и поступака заштите конкуренције, уведени су нови механизми и поступци, као што су: сарадња са другим органима у оквиру Европске мреже за конкуренцију (енг. *European Competition Network, ECN*),⁶⁹ увођење судске заштите од аката повреде конкуренције (у парницама за накнаду штете),⁷⁰ и програм имунитета (ослобађања од казне) и умањивања казне члановима картела који сарађују са Канцеларијом за заштиту

⁶⁶ Prevention of the Restriction of Competition Act (Official Gazette of the Republic of Slovenia, Nos. 56/99, 37/04 and 40/07).

⁶⁷ Видети члан 2 словеначког Закона о спречавању ограничавања конкуренције, који упућује на примену наведених уредби у поступцима испитивања повреде конкуренције које спроводи словеначка Канцеларија за заштиту конкуренције (члан 5).

⁶⁸ Prevention of the Restriction of Competition Act, ZPOmK-1 (Official Gazette of the Republic of Slovenia No. 36/08) and ZPOmK-1A (UL RS No. 40/09).

⁶⁹ Видети члан 35 Закона (Article 35 – *Cooperation of the Office in inspections conducted by others*).

⁷⁰ Видети Део VI (члан 62-63): PART VI (COURT PROCEDURE), Article 62 (*Compensation*), Article 63 (*Cooperation among the courts, the European Commission and the Office*).

конкуренције.⁷¹ Управо из тих разлога, словеначки Закон представља изузетно значајан упоредно-правни инструмент у процесу сагледавања актуелности Закона о заштити конкуренције Републике Србије и његове усаглашености са европским правом.

72

4.2. Структура Закона и предмет регулисања

Структуру словеначког Закона чине следећи делови:

Део I – Основне одредбе (члан 1-5);

Део II – Ограничавајуће праксе (члан 6-9);

Део III – Концентрација привредних субјеката (члан 10-11);

Део IV – Канцеларија (члан 12-14);

Део V – Поступак за доношење одлука у оквиру Канцеларије (члан 15-61);

Део VI – Судски поступак (члан 62-63);

Део VII – Ограничење тржишта регулаторним инструментима (члан 64-72);

Део VIII – Казнене одредбе (члан 73-78);

Део IX – Прелазне и завршне одредбе (члан 79-84).

Закон регулише три групе аката којима се нарушава, односно спречава или ограничава конкуренција: рестриктивне праксе, концентрације привредних субјеката и регулаторна ограничења конкуренције.⁷³ Закон предвиђа поступак и врсте мера за спречавање рестриктивне праксе и концентрација којима се значајно ограничава ефективна конкуренција на територији Републике Словеније.⁷⁴ У вези са тим, приметно је суптилно прихватање доктрине ефеката, као принципа за одређивање надлежности домаћих органа поводом рестриктивних аката са страним елементом (предузетих изван територије Р. Словеније, са циљем или ефектом ограничавања конкуренције на тржишту Словеније).

Одредба члана 2 Закона непосредно упућује на примену Уредбе ЕУ бр. 1/2003 о примени правила о конкуренцији у члану 81 и 82 Уговора ЕЗ и Уредбе ЕУ бр. 139/2004 о контроли концентрација између привредних субјеката. Тиме је уведен систем тзв. „паралелних“ компетенција, слично као у немачком закону, а на основу одредбе члана

⁷¹ Видети члан 76 Закона (Article 76 – *Immunity from and reduction of a fine*).

⁷² Видети Трећи део рада: „Заштита конкуренције у праву Србије“.

⁷³ Члан 1 Закона.

⁷⁴ *Ibid.*

3 и 5 Уредбе бр. 1/2003. Разлика у односу на немачко право огледа се у *истовестности* одредаба о спречавању злоупотребе доминантног положаја (члан 9 Закона) са одредбама члана 82 Уговора ЕЗ (сада члана 102 СФЕУ). У случајевима када Канцеларија за заштиту конкуренције Републике Словеније покрене поступак за утврђивање повреде члана 81 или 82 Уговора ЕЗ (у складу са чланом 4 Закона), спровешће се *јединствени поступак* и у погледу испитивања повреде члана 6 и 9 словеначког Закона о спречавању ограничавања конкуренције.⁷⁵

Једноставност словеначког Закона огледа се у чињеници да су одредбе члана 6 („*Забрана рестриктивних споразума*“) и члана 9 („*Забрана злоупотребе доминантног положаја*“) у потпуности сагласне одредбама члана 81 и 82 Уговора ЕЗ (сада члана 101 и 102 СФЕУ). Овим је изједначен правни режим заштите конкуренције на националном тржишту са заштитом конкуренције на комунитарном тржишту. Као што се могло видети на приказу права конкуренције у Великој Британији и Немачкој, децентрализација примене члана 81 и 82 Уговора ЕЗ довела је до хармонизације националних закона са комунитарним правом. Један од мотива ове хармонизације садржан је у намери држава чланица да уједначавањем услова пословања привредних субјеката домаће тржиште учине привлачним за стране инвестиције.

4.3. *Рестриктивни споразуми*

Члан 6 Закона предвиђа ништавост споразума привредних субјеката, одлука њихових удружења и усаглашених пракси, које имају за циљ или ефекат спречавање, ограничење или нарушавање конкуренције на територији Р. Словеније. Забрана се, нарочито, односи на следеће акте: о непосредном или посредном одређивању куповне или продајне цене или других услова трговине; о ограничењу или контроли производње, продаје, техничког напретка или инвестирања; о примени различитих услова у истим трансакцијама са другим пословним партнерима; о условљавању закључења уговора прихватањем друге стране додатних обавеза које, по својој природи или трговачком обичају, нису у вези са предметом уговора; о подели тржишта или извора набавки.

⁷⁵ Члан 25 (*Јединствени поступак*) – Article 25 (*Single procedure*).

Наведена врста аката неће бити поништена, уколико доприноси унапређењу производње или дистрибуције производа или промоцији техничког и економског развоја, уз пренос таквих погодности у битном делу на потрошаче. Изузимање од забране могуће је уколико предметни акти: не намећу привредним субјектима ограничења која нису неопходна за постизање наведених циљева и уколико привредним субјектима у питању не дају могућност спречавања конкуренције на значајном делу тржишта производа или услуга који су предмет уговора.⁷⁶

Одредбе члана 6 о ништавости споразума којима се ограничава конкуренција не примењују се на споразуме *мањег значаја*, који су опредељени у члану 7. То су споразуми у којима заједнички тржишни удео учесника не прелази 10 % релевантног тржишта на територији Словеније (код *хоризонталних* споразума и *мешовитих* хоризонтално-вертикалних споразума), односно 15 % (код *вертикалних* споразума) и 5 % (код паралелних споразума са кумулативним ефектом на тржишту). Наведени приступ изузимања од забране споразума од мањег значаја не односи се на хоризонталне споразуме који имају за циљ: одређивање цене, ограничавање тржишта или продаје, као и поделу тржишта или извора набавки. Поред тога, он се не односи ни на вертикалне споразуме који имају за циљ одређивање цене препродаје или одобравање територијалне заштите учесницима у споразуму или трећим лицима.⁷⁷

Слично као у британском и немачком закону, одредбом члана 8 предвиђена је *директна* примена одредаба Уредби Европске комисије или Савета Европске уније о *групним изузецима* (енг. „*block exemptions*“), без обзира да ли је реч о примени националног права или члана 81 и 82 Уговора ЕЗ. Поред ових, влада Републике Словеније може посебним уредбама да одреди и друге групе споразума који испуњавају услове за изузимање од забране, предвиђене у члану 6 став 3 Закона.

4.4. *Забрана злоупотребе доминантног положаја*

Одредбама члана 9 Закона предвиђена је забрана злоупотребе доминантног положаја. Приметно је усаглашавање са правним тековинама европског права и савремене економске теорије, тиме што је прихваћена доктрина тзв. *колективне доминације* од стране два или више привредних субјеката. У том смислу, прописана је

⁷⁶ Члан 6 Закона.

⁷⁷ Члан 7 Закона.

претпоставка о постојању доминантног положаја привредног субјекта који има више од 40 % удела на тржишту Словеније (став 5), као и претпоставка о постојању доминантног положаја два или више привредна субјекта који имају више од 60 % удела на тржишту Словеније (став 6). Ово су *обориве* претпоставке, јер је *први* услов за оцену постојања доминантног положаја привредних субјеката њихова способност да се, у значајној мери, понашају *независно* од конкурената, клијената или потрошача (став 2). *Остали* чиниоци од значаја за оцену постојања доминације набројани су у ставу 3 члана 9 Закона (тржишни удео, извори финансирања, правна или фактичка ограничења приступа тржишту, доступност добављача или тржишта, као и постојећа и потенцијална конкуренција). Доминантни положај, као такав, није предмет испитивања у оквирима закона о заштити конкуренције, већ *злоупотреба* тог положаја. Одредбама става 4 наведено је да ће злоупотребу, нарочито, чинити: директно или индиректно наметање неправичних куповних или продајних цена, или других неправичних услова трговине; ограничавање производње, тржишта или техничког развоја на штету потрошача; примена различитих услова на једнаке трансакције са другим пословним партнерима, њиховим довођењем у неједнаки положај; условљавање закључења уговора прихватањем додатних обавеза које, по својој природи или трговачком обичају, нису у вези са предметом уговора.⁷⁸

4.5. Концентрације

Одредбе члана 10 Закона дефинишу појам *концентрације*, као стицање, односно промену *контроле* над привредним субјектом на трајној основи, до које долази на један од следећих начина: *спајањем* два или више претходно независних привредних субјеката или делова тих субјеката; *стицањем* непосредне или посредне контроле над целим или деловима једног или више привредних субјеката, и то од стране једног или више физичких лица која већ имају контролу над најмање једним привредним субјектом, или од стране једног или више других привредних субјеката, било куповином акција или имовине, на основу уговора или на други начин; и *заједничким пословним активностима (подухватом)* од стране два или више независних

⁷⁸ Члан 9 Закона.

привредних субјеката, када њихово обављање има све карактеристике обављања делатности независне економске јединке на трајној основи.⁷⁹

У другом ставу члана 10 објашњен је појам *контроле*, у смислу напред дате дефиниције концентрације привредних субјеката. Контрола подразумева *одлучујући утицај* на привредни субјект или његов део, који је заснован на правима, уговорима или другим средствима, и који, нарочито, подразумева следеће облике тог утицаја: *право својине или употребе* све или дела имовине привредног субјекта; *одлучујући утицај на састав органа, гласање или одлуке* привредног субјекта.⁸⁰

Према одредби члана 11 став 1 Закона, *забрањене су* концентрације које значајно ограничавају ефективну конкуренцију на територији Републике Словеније или на претежном делу те територије, до чега, нарочито, долази услед стварања или јачања доминантног положаја. Канцеларија оцењује ефекат концентрација на основу: тржишног положаја привредних субјеката који учествују у концентрацији, њихових извора финансирања, структуре тржишта, доступних алтернатива за добављаче и кориснике, доступности извора набавки или тржишта, правних и других ограничења уласка на тржиште, трендова понуде и потражње на релевантном тржишту, интереса посредника у ланцу препродаје и крајњих потрошача, као и унапређења техничког и економског напретка (уз услов да је исти у корист потрошача и да не спречава конкуренцију).⁸¹

Посебном одредбом става 3 истог члана Закона, предвиђено је да заједнички пословни подухват може бити предмет преиспитивања од стране Канцеларије за заштиту конкуренције, уколико исти има за циљ или последицу координацију конкурентних делатности *независних* привредних субјеката који учествују у подухвату.

⁸²

4.6. Надлежност, поступак и мере заштите конкуренције

Посебно битну одредбу, међу одредбама којима је уређена организација и поступање Канцеларије за заштиту конкуренције, представља члан 13б став (4) Закона. Њена примена обезбеђује заштиту тајности извора информација (података о

⁷⁹ Члан 10 став (1) Закона.

⁸⁰ Члан 10 став (2) Закона.

⁸¹ Члан 11 став (2) Закона.

⁸² Члан 11 став (3) Закона.

подносиоцу пријаве о повреди конкуренције), што је од нарочитог значаја за чланове картела који учествују у програму за ослобођење или умањење казне због повреде конкуренције (у вези члана 76 Закона). Принцип тајности ових података има предност у односу на право на приступ информацијама од јавног значаја. Поред података о извору информација, предмет заштите наведене законске одредбе су и подаци који представљају пословну тајну.

Канцеларија за заштиту конкуренције спроводи поступак према одредбама овог Закона, као и према одредбама закона о општем управном поступку. Учесници у поступку *немају право жалбе* против одлука Канцеларије.⁸³ Појам *учесника у поступку* ограничен је на привредни субјект против кога је покренут поступак, као и на привредни субјект који подноси пријаву концентрације. Постоји могућност да овај статус стекне и треће лице, уколико наведе чињенице и достави доказе којима потврђује постојање *правног интереса* за учешће у поступку, а на основу пријаве за учешће коју може поднети најдаље у року од 30 дана од дана објављивања одлуке о покретању поступка на веб-сајту Канцеларије.⁸⁴

Поступак се спроводи по расправном начелу, тако што је одређено да Канцеларија не може донети одлуку ако субјекту против кога је покренут поступак није дата могућност да достави *писани* одговор. Канцеларија, по правилу, не заказује рочиште за расправу, осим ако службеник који спроводи поступак оцени да је то потребно у циљу разјашњења или утврђења битних чињеница.⁸⁵

Канцеларија може по службеној дужности издати наредбу о покретању поступка када сазна за околности које указују на могућност повреде члана 6 или 9 овог Закона, односно члана 81 или 82 Уговора ЕЗ.⁸⁶ Овлашћења Канцеларије у истражном поступку, који подразумева прегледање пословних просторија, пословних књига, рачунарских база података и друго, одређена су одредбама члана 27-36 Закона. Наредба за претрес доставља се лично субјекту на кога се односи, и то на почетку самог претреса.⁸⁷ Овим се спречава могућност сакривања, оштећења или уништења извора података о пословању привредног субјекта. С друге стране, пракса је показала да се документација и базе података могу сакривати и на приватном поседу директора,

⁸³ Члан 15 Закона.

⁸⁴ Члан 16 Закона.

⁸⁵ Члан 19, 21 Закона.

⁸⁶ Члан 23 Закона.

⁸⁷ Члан 28 став (2) Закона.

чланова управе и других лица, као и у превозном средству. У таквим случајевима, постоји потреба утврђивања равнотеже супротстављених интереса Канцеларије, с једне стране, и интереса физичких лица, с друге стране, која уживају уставно право на заштиту приватности. Претрес приватних просторија не може се обавити без претходно добијеног одобрења судије надлежног суда у Љубљани.⁸⁸ Поред обавезног судског одобрења, претресу приватних просторија морају присуствовати две пунолетне особе у својству сведока.⁸⁹

Уколико резултати претраге потврде почетну сумњу Канцеларије о постојању аката којима се врши повреда конкуренције, Канцеларија доноси тзв. саопштење о приговорима (енг. *statement of objections*).⁹⁰ Учесник у поступку има право да достави своје коментаре у односу на ове приговоре, најдаље у року од 45 дана од дана пријема саопштења.

Врсте одлука које доноси Канцеларија наведене су у одредбама члана 37-41 Закона: одлука којом се утврђује повреда конкуренције и налаже привредном субјекту да престане са повредом и предузме разумне мере за отклањање последица повреде (члан 37); одлука о одређивању привремене мере (члан 38); одлука о добровољном преузимању обавеза од стране привредног субјекта (енг. *commitments*, члан 39); наредба о обустави поступка (члан 40); наредба за достављање извештаја о спровођењу одлуке о добровољном преузимању обавеза од стране привредних субјеката (члан 41).

Посебне одредбе се односе на поступак пријаве и испитивања концентрација (члан 42-53). Обавеза пријаве концентрације постоји када: укупни промет субјеката који учествују у концентрацији, заједно са повезаним субјектима у оквиру групе, у претходној пословној години, прелази 35 милиона евра на тржишту Републике Словеније; годишњи промет преузетог привредног субјекта и с њим повезаних друштава у групи, на тржишту Републике Словеније у претходној пословној години, прелази 1 милион евра; годишњи промет најмање два субјекта која учествују у заједничком пословном подухвату, заједно са њима повезаним друштвима у групи, прелази 1 милион евра у претходној пословној години.⁹¹ Учесници концентрације, који имају више од 60 % удела на тржишту Републике Словеније, обавезни су да поднесу пријаву концентрације, без обзира да ли су испуњени услови у погледу минималног

⁸⁸ Члан 33 став (1) Закона.

⁸⁹ Члан 33 став (3) Закона.

⁹⁰ Члан 36 Закона.

⁹¹ Члан 42 став (1) Закона.

годишњег промета учесника, или не.⁹² С друге стране, учесници концентрације који испуњавају наведене услове у погледу годишњег промета, ослобађају се обавезе подношења пријаве Канцеларији, уколико је иста предмет оцене у поступку пред Европском комисијом, у складу са Уредбом бр. 139/2004/ЕЗ.⁹³

Након спроведеног истражног поступка и објављеног саопштења о приговорима (члан 49), Канцеларија може донети следеће одлуке: одлуку којом утврђује да је концентрација сагласна правилима о конкуренцији, као и да није противна одредбама овог Закона; одлуку којом утврђује да је концентрација несагласна правилима о конкуренцији и противна одредбама Закона, на основу чега је забрањује (члан 50); одлуку о предложеним мерама за отклањање сумње у могућност повреде конкуренције и о обавезама које је потребно предузети у циљу спровођења и контроле примене утврђених мера (члан 51); посебну одлуку о поништају одлуке којом је утврђено да је концентрација сагласна правилима о конкуренцији (члан 52); и одлуку о реституцији (враћању у пређашње стање у случајевима спроведене концентрације за коју је утврђено да је противна закону, као и у случајевима пропуштања учесника у концентрацији да примене мере одређене одлуком Канцеларије), којом може бити наложена подела привредног субјекта или отуђење преузетих акција (члан 53).

Све наведене одлуке Канцеларије, донете у поступцима испитивања рестриктивних споразума (члан 6), злоупотребе доминантног положаја (члан 9), и концентрација (члан 10) подложне су преиспитивању од стране Врховног суда Словеније.⁹⁴ Судски поступак се спроводи по одредбама овог Закона, као и закона којим су уређени услови и поступак вођења управних спорова.⁹⁵

Посебно су значајне одредбе члана 62-63 о *судском поступку* за накнаду штете (члан 62) због повреде одредаба члана 5 или 9 овог Закона, или члана 81 или 82 Уговора ЕЗ. Компензација субјеката, којима је причињена штета повредом императивних прописа о заштити конкуренције, представља *нови институт* европског права конкуренције и права конкуренције држава чланица. Упоредно посматрано, овај институт је *редовни инструмент* заштите конкуренције у Сједињеним Америчким Државама, од нарочитог значаја за потрошаче, који право на накнаду штете у судском поступку остварују колективно (преко организација и удружења потрошача), путем тзв.

⁹² Члан 42 став (3) Закона.

⁹³ Члан 42 став (2) Закона.

⁹⁴ Члан 55-56 Закона.

⁹⁵ Члан 54 Закона.

колективне тужбе. У оцени постојања повреде конкуренције, суд је везан одлуком Канцеларије или Европске комисије. Застој тока застарелости права на накнаду штете наступа по сили закона даном покретања поступка пред Канцеларијом или Европском комисијом и траје све до окончања тог поступка.⁹⁶ Приметна је очигледна рестриктивност ове одредбе у поређењу са одредбама о застоју застарелости у закону САД, Јапана, Велике Британије и Немачке, према којима застој траје одређени временски период *након* окончања поступка за утврђење повреде конкуренције пред надлежним органом.

Имунитет чланова картела (енг. *immunity*), односно умањење казне члановима картела (енг. *leniency*), обухваћени су заједничким појмом повољнијег третмана (енг. *leniency*). Повољнији третман имају чланови картела који поднесу пријаву Канцеларији о постојању картела и активно сарађују са службеницима Канцеларије у поступку испитивања повреде конкуренције. Програм повољнијег третмана и његови услови примене одређени су одредбама члана 76 Закона. Имунитет (ослобођење од казне) може бити одобрен члану картела који *први* достави релевантне чињенице и доказе у вези са постојањем и пословањем картела.⁹⁷

Умањење казне може се одобрити осталим члановима картела, који доставе *допунске* информације од материјалног значаја за спровођење истраге (енг. *'significant added value'*), и то: од 30 до 50 % умањења за првог који достави такве информације; од 20 до 30 % умањења за другог члана; и до 20 % умањења за све остале чланове картела који доставе податке наведеног квалитета.⁹⁸

⁹⁶ Члан 62 Закона.

⁹⁷ Члан 76 став (1) Закона.

⁹⁸ Члан 76 став (2) и (3) Закона.

ДРУГИ ДЕО

ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У МЕЂУНАРОДНОЈ ТРГОВИНИ

УВОД

Предмет анализе у овом делу рада је заштита конкуренције у међународним правним оквирима. Међународни правни извори који садрже одредбе о заштити конкуренције могу се поделити у више различитих категорија. Избор редоследа излагања аутор је засновао истовремено на два критеријума: на општости и значају правног извора.

Прва категорија правних извора припада мултилатералним и регионалним правним изворима обавезујуће снаге. Реч је о праву које настаје у процесу званичне (формалне) хармонизације, у оквиру међународних организација универзалног или регионалног типа. Овде мислимо на право Светске трговинске организације, право Европске уније и регионалне трговинске споразуме. Општост и обавезност правила о конкуренцији у оквиру наведених организација, указује на значајан потенцијал за хармонизацију права конкуренције на регионалном или универзалном (мултилатералном) нивоу. Сва три типа организације поседују одговарајући механизам правне заштите и сигурности у погледу примене правних правила која су извор међународних права и обавеза држава чланица. Управо је то чинилац који може омогућити *наднационални* надзор над применом права конкуренције од стране држава чланица – што процес хармонизације права подиже на виши ниво.

Другој категорији међународних правних извора заштите конкуренције припада, по оцени аутора, Модел закон о конкуренцији, настао у оквиру Конференције Уједињених нација за трговину и развој (енг. *Model Law on Competition, United Nations Conference on Trade and Development*). Значај овог правног инструмента необавезујућег („*меког*“) карактера произилази из универзалности и ауторитета организације у оквиру које је настао, али и из ауторитета, садржине и ефеката самог правног извора. Модел закон, наиме, пружа општи приказ права и политике заштите конкуренције у земљама различитог степена развоја и потреба. Одликују га флексибилност и квалитет коментара предложених законских одредби. У том смислу, Модел закон представља користан инструмент државама са недовољно развијеним системом заштите конкуренције, али и инструмент посредне хармонизације права конкуренције у глобалним оквирима.

Трећој категорији припадају необавезујући правни акти Организације за економску сарадњу и развој. Иако је ауторитет ових аката велики, оцена је аутора да су

они на nižem stepenu univerzalnosti od УН Модел закона о конкуренцији, имајући у виду да су државе чланице ОЕСД-а углавном развијене земље.

Четврту категорију инструмената представљају правни извори институционалне сарадње између држава у заштити међународне конкуренције. Под институционалном сарадњом подразумевамо *непосредну* сарадњу између надлежних органа две или више држава у примени права конкуренције. Овај облик међудржавне сарадње на *суб-националном* нивоу (без посредовања дипломатских органа и органа управе надлежних за односе са иностранством) одвија се у правним оквирима *међудржавних билатералних споразума о примени права конкуренције*. Питања сарадње су, у највећој мери, питања *процесно-институционалног карактера*, због чега њихов потенцијални допринос хармонизацији права конкуренције треба тражити управо у тој области. Поред билатералних споразума, правни оквир институционалне сарадње могу чинити и оснивачки и статутарни акти тзв. аморфних организација (без сталног секретаријата и чврсте организационе структуре), типа „*мреже*“. Ради се о тзв. *Европској мрежи конкуренције* (енг. *European Competition Network, ECN*), која има изражен *наднационални карактер*, заснован на вертикалном односу између Европске комисије и националних органа држава чланица за заштиту конкуренције. Поред тога, од 2001. године међународна институционална сарадња одвија се и у оквиру нове организације *универзалног карактера – Међународне мреже за конкуренцију* (енг. *International Competition Network, ICN*). Она, за разлику од Европске мреже, нема наднационални карактер, иако поседује значајан потенцијал за остваривање тзв. тихе, или еволутивне хармонизације правних правила у области заштите конкуренције. И то, не само правних правила процесно-институционалног типа (као код билатералних уговора о сарадњи), већ и значајног дела правних правила материјалне природе.

Најзад, посебну целину у овом делу рада аутор посвећује хармонизацији права заштите конкуренције на глобалном нивоу.

Описани предмет анализе и разматрања у овом делу рада (посебно и заједно са осталим деловима) треба да послужи потврђивању следећих теза: 1) да је право заштите конкуренције неопходан услов напретка друштвеног система заснованог на принципима либералне демократије и тржишне економије; 2) да је ефективно право заштите међународне конкуренције битно у процесу остваривања услова и ефективног чланства у WTO и ЕУ; 3) да су либерализација међународне трговине и ефективна заштита међународне конкуренције комплементарни аспекти глобалне међународне

привреде; 4) да земље у развоју и земље у транзицији треба да се изборе за специјални (повлашћени) режим у поступку усвајања стратегије и правног оквира регулисања спољнотрговинских односа и активне примене права заштите међународне конкуренције; 5) да постоји потреба хармонизације права конкуренције; и 6) да постоји потреба за стварањем наднационалног правног система заштите међународне конкуренције.

ГЛАВА I

ЗАШТИТА МЕЂУНАРОДНЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ У ПРАВУ СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ (WTO)

Глобализација економских односа у другој половини двадесетог века подстакнута је успехом процеса либерализације међународне трговине у оквиру мултилатералног правног режима Општег споразума о царинама и трговини (GATT 1947). Овај процес је, истовремено, праћен приватизацијом и дерегулацијом система унутрашњих привредних односа држава чланица GATT-а, што је тежиште пажње међународне јавности постепено преусмерило са царинских на нецаринске инструменте заштите домаће привреде од конкуренције из других земаља. Наиме, одређени интересни циљеви *приватних* субјеката претили су да пониште или озбиљно доведу у питање остварене резултате организованог и правно уређеног система међународне трговине.

Повећани обим међународне размене робе и услуга, као резултат укидања или значајног смањења царина на увоз и извоз робе, довео је до појаве нових облика ангажовања производних чинилаца и дистрибуције производа у оквиру пословних активности компанија на тржишту. Овај процес је подстакнут развојем технологије и инфраструктуре, који су допринели стварању информатичког друштва и повећању мобилности становништва, робе, услуга и капитала. У таквим околностима, територија пословних активности великог броја привредних субјеката прелази границе уског националног тржишта. Тиме се отвара могућност да извесни облици пословних активности привредних субјеката којима се ограничава конкуренција на тржишту ефективно замене забрањене или строго ограничене *државне мере* протекционизма.

Већина појавних облика такве рестриктивне пословне праксе одговара рестриктивним актима и радњама субјеката који послују на националном тржишту – *картели, злоупотреба монопола (доминантног положаја), као и статусне промене спајања и припајања привредних субјеката (концентрације), које доводе до стицања тржишне моћи, стварањем погодних услова за споразумну пословну праксу (олигопол) или монополизацију тржишта.*

Процес препознавања појавних облика и значаја последица наведених рестриктивних пословних радњи у међународној трговини започео је, међутим, много раније. Први предлог међудржавне координације на пољу превенције деловања међународних картела забележен је још 1927. године, на Светском економском форуму у организацији Лиге нација, а представљен је под називом *Социјални ефекти међународних привредних споразума*, као ауторски рад професора економије *William Oualid-a*.¹

Након Другог светског рата, у оквиру преговора у Бретон Вудсу 1945. године, савезничке силе су започеле активности на успостављању међународног економског поретка, који би се заснивао на трипартитној институционалној структури. Предложеној структури требало је да чине: *Међународни монетарни фонд (енг. International Monetary Fund – IMF), Међународна банка за обнову и развој, или Светска банка (енг. International Bank for Reconstruction and Development – IBRD, World Group Bank), и Међународна трговинска организација (енг. International Trade Organisation – ITO).* Овај процес институционализације међународног економског поретка завршен је оснивањем и почетком рада прве две организације, док су покушаји оснивања Међународне трговинске организације (ИТО) остали без успеха.

Правни оквир будуће Међународне трговинске организације уобличен је Нацртом Повеље (енг. „*Suggested Charter for an International Trade Organisation of the United Nations*“, Department of State Publication No. 2598, 1946), који су предложиле Сједињене Америчке Државе (САД), септембра 1946. године. Саставни део ове Повеље, поред осталих, чиниле су одредбе о рестриктивним пословним праксама (Део V), запослености, економском развоју, страним инвестицијама и решавању спорова под окриљем међународне трговинске организације.

¹ William Oualid, 'The Social Effects of International Industrial Agreements' (paper to the Industrial Committee of the International Economic Conference), World Economic Forum, League of Nations, 1927 – наведено према: Martyn D. Taylor, *International Competition Law – A New Dimension for the WTO?*, Cambridge University Press, 2006, pp. 148.

Оперативан је, међутим, постао само део Споразума о царинама и трговини (GATT, енг. *General Agreement on Tariffs and Trade*) 1. јануара 1948. године, док Повеља ИТО (енг. „*Draft Charter*“) никада није ступила на снагу, нити у свом изворном облику (Нацрт Повеље из 1946. године), нити у измењеном облику, представљеном на Међународној конференцији у Хавани 1947. године („*Хаванска Повеља*“, енг. „*Havana Charter for an International Trade Organisation*“, Department of State Publication No. 3117, 1947). Тиме је пропуштена и прилика за решавање значајних проблема заштите конкуренције у међународној трговини на мултилатералном (и потенцијално наднационалном) нивоу.

Наиме, одредбом члана 46 Повеље била је предвиђена обавеза држава чланица да предузимају „одговарајуће мере“ против рестриктивних пословних пракси које утичу на међународну трговину, а дефинисани су и основни облици ограничавања међународне конкуренције који би били повод за покретање истраге у оквиру Међународне трговинске организације.

Остале одредбе Хаванске повеље су биле процесног карактера. Одредбе члана 47 и 48 су предвиђале поступак консултација, истицања приговора, као и механизам спровођења истраге (истражног поступка). Међутим, није био одређен значај и однос истражног поступка у оквиру ИТО у односу на: претходно спроведене националне истраге; закључене споразуме између органа за заштиту конкуренције и пословних субјеката под истрагом; као ни одобрене прекограничне концентрације. Одлуке Међународне трговинске организације имале би својство препоруке, а државе чланице само обавезу да „узму у обзир“ (енг. „*take full account of*“) сваки захтев, одлуку или препоруку Организације. Једине позитивне *обавезе* држава чланица биле су предвиђене у члану 50.1 и члану 53 Повеље, тако што је прописано да се од њих *захтева* да предузимају све законом предвиђене мере, у складу са својим уставом или правним системом и економским уређењем, којима се, у границама њихове надлежности, спречавају појавни облици ограничавања конкуренције из члана 46 од стране приватних и јавних привредних субјеката.²

Општи споразум о царинама и трговини, са концесијама (царинским умањењима и укинутим царинама), уговореним у оквиру Уругвајске рунде разговора (GATT 1994), садржи одредбе о обавезама поштовања основних принципа међународне трговине. Реч

² Kevin C. Kennedy, *Competition Law and the World Trade Organisation: The Limits of Multilateralism*, London, Sweet & Maxwell, 2001, pp. 124-127.

је о принципу приступа тржишту, недискриминације (принцип најповлашћеније нације, национални третман), транспарентности, забране квантитативних ограничења извоза и увоза, санкционисања дампинга. Ове су одредбе општег карактера, које заједно са осталим споразумима закљученим у оквиру Уругвајске рунде, представљају саставни и обавезујући део Уговора о оснивању Светске трговинске организације (WTO), при чему GATT 1994 има својство самосталног правног акта у односу на GATT 1947, сходно одредбама става 2 и 4 члана 2 Уговора.³ Набројани општи принципи међународне трговине разрађени су одредбама посебних споразума WTO у групи Анекса I и II Уговора о оснивању WTO, попут Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине, Општег споразума о трговини услугама (са повезаним споразумима), Споразума о трговинским аспектима инвестиционих мера, Споразума о инструментима заштите од прекомерног увоза, и других.

Принципи и одредбе WTO споразума о међународној трговини нису само инструменти правног и организационог уређења међународне привреде. Имајући у виду нераздвојно и узајамно прожимање политике и права међународне трговине и међународне конкуренције, предмет разматрања у овој глави су управо они аспекти примене принципа и правила Светске трговинске организације који су од значаја за међународну конкуренцију. Поред тога, циљ је да се прикажу и најважније одредбе о заштити међународне конкуренције, садржане у појединим правним актима WTO. Најзад, циљ аутора је да у овом делу рада укаже и на могућност мултилатералне хармонизације права међународне конкуренције у оквиру Светске трговинске организације.

³ *Agreement Establishing the World Trade Organization, Marrakesh, April 1994, Article II.4 (cit): „The General Agreement on Tariffs and Trade 1994 as specified in Annex 1A (hereinafter referred to as 'GATT 1994') is legally distinct from the General Agreement on Tariffs and Trade, dated 30 October 1947, annexed to the Final Act Adopted at the Conclusion of the Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, as subsequently rectified, amended or modified (hereinafter referred to as 'GATT 1947').“.*

1. Општи принципи либерализације међународне трговине

1.1. Принцип најповлашћеније нације

(енг. „*Most-favoured-nation principle*“, „*MFN principle*“).

а. Појам и ефекти принципа најповлашћеније нације

Принцип најповлашћеније нације је један од два темељна принципа недискриминације у систему савремене међународне трговине. Са нивоа билатералног и регионалног принципа, уздигнут је на ниво мултилатералног принципа у оквиру организованог система трговине под Општим споразумом о царинама и трговини (ГАТТ 1947) и, касније, у оквиру Светске трговинске организације (1994). Огледа се у обавези држава-чланица да повољнији третман робе која има порекло у некој другој држави одмах и безусловно додели и свим осталим чланицама WTO. Ради се о дужности недискриминације између држава са којима се обавља међународни промет робе и услуга, као посебном инструменту либерализације трговине.

Према једној од општих дефиниција, уговорно начело најповлашћеније нације подразумева одредбу у тексту међународног уговора, којом се свака страна обавезује да ће признати другој страни уговорници у одређеној области узајамних трговинских односа, *права, преимућства, повластице и олакшице* које је дала или ће убудуће дати *било којој трећој држави*.⁴ Поред међународних трговинских споразума, основ примене начела најповлашћеније нације може бити: законска норма, одлука надлежног органа, или чланство државе у међународним организацијама. У сваком случају, оно обавезује државу која га признаје (енг. *guarantor state*) да гарантује држави кориснику (*beneficiary state*), њеним физичким и правним лицима, као и роби договорене номенклатуре, све повластице које је она признала физичким и правним лицима, или роби из треће државе (*third state*).⁵

Најповољнији услови не укључују услове који су одобрени споразумом о слободној трговини, споразумом о царинској унији, аранжманом о прекограничној трговини и услове одобрене или засноване на прелазним споразумима о успостављању

⁴ Ђирић, Александар, „Међународно трговинско право – општи део“, Ниш, Правни факултет у Нишу – Центар за публикације, 2012, стр. 64.

⁵ *Ibid.*

зоне слободне трговине или царинске уније.⁶ Чињеница постојања великог броја различитих споразума о зони слободне трговине, царинским унијама или другим преференцијалним уговорним аранжманима, указује на могући закључак да је примена начела најповлашћеније нације пре изузетак него правило.⁷

б. Обим примене принципа најповлашћеније нације у правном систему WTO

Принцип најповлашћеније нације је садржан у члану I GATT 1994, члану II Општег споразума о трговини услугама (GATS) и члану IV Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS).

Значај овог принципа потврђен је и изричито наглашен у одлуци Апелационог тела WTO у случају *EC – Tariff Preferences*, као „*угаони темељ GATT-споразума*“ и „*један од стубова WTO трговинског система*“, „*који је доследно служио као кључна основа и подстицај за концесије у трговинским преговорима*“.⁸ Дискриминаторска примена повластице која је, према тексту правног акта из кога проистиче, *неутрална* у односу на *порекло* производа или групу производа на коју се односи, представља *de facto* повреду принципа најповлашћеније нације. То је јасно изражено у одлуци Апелационог тела WTO у случају *Canada – Autos*.⁹

Као што је напред речено, предмет примене принципа најповлашћеније нације је „*било која предност, услуга, повластица или ослобођење*“ (енг. „*any advantage, favour, privilege or immunity*“), која се односи на:

- царине и терете било које врсте (енг. „*relating to customs duties and charges of any kind*“), уведене поводом увоза или извоза производа или поводом међународних трансферних плаћања увозне или извозне робе;
- модалитете (методе) примене таквих царина и терета (енг. „*methods of levying such duties and charges*“);

⁶ Видети, *исто дело*.

⁷ Цветковић, Предраг, „Увод у право Светске трговинске организације“ (монографија), Ниш, 2010, стр. 187.

⁸ *EC – Tariff Preferences*, para. 101 (WT/DS246/AB/R). Наведено према: „WTO Appellate Body Repertory of Reports and Awards 1995-2005“, compiled by the Appellate Body Secretariat, Cambridge University Press, 2006, pp. 313.

⁹ *Canada – Autos*, para. 78 (WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R), наведено према истом делу, *supra* 8, pp. 312.

- сва правила и формалности у вези са увозом и извозом (енг. „*rules and formalities in connection with importation and exportation*“); и
- сва питања у вези са применом националног третмана на увезене производе, у складу са одредбама става 2 и 4 Члана III ГАТТ-а (тачније, у вези са унутрашњим порезима и другим унутрашњим теретима – енг. „*internal taxes or other internal charges of any kind*“, тј. у вези са свим законима, подзаконским прописима и захтевима који утичу на унутрашњу продају, нуђење на продају, куповину, транспорт, дистрибуцију или употребу производа – енг. „*in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use*“).

Овако одређени (дефинисани) принцип најповлашћеније нације примењује се у односу на „*било који производ чије је порекло или одредиште у држави уговорници*“ (енг. „*to any product originating in or destined for any other country*“), без одлагања и безусловно (енг. „*immediately and unconditionally*“). Примена уговорене концесије за одређени производ се, тиме, аутоматски проширује на све остале државе чланице WTO, тачније, на „*слични производ*“ (енг. „*like product*“) чије је порекло или одредиште „*на територији било које друге државе уговорнице*“ (енг. „*for the territories of all other contracting parties*“).¹⁰

Принцип најповлашћеније нације је *општи принцип* који важи у односу на све земље уговорнице, односно чланице WTO које учествују у мултилатералним трговинским преговорима. У односу на одређене групе производа, *појединачне концесије* су предмет споразума између земаља које имају трговинску размену у том сектору, и огледају се у највишем износу царина (енг. „*bound tariffs*“, „*bindings*“), нетарифним мерама (енг. „*non-tariff measures*“), као и посебним обавезама у области државне помоћи и извозних субвенција (енг. „*specific commitments on domestic support and export subsidies*“). Дејство тако уговорених концесија се путем принципа најповлашћеније нације *проширује* на све остале стране уговорнице – државе чланице WTO. Појединачне концесије сваке државе чланице садржане су у посебном документу под називом „*шема концесија*“ (енг. „*schedule of concessions*“), који представља анекс Споразума из Маракеша, односно анекс Споразума о акцесији (придруживању) те

¹⁰ Видети: GATT 1994, Article I:1, Article III:2, III:4.

државе Светској трговинској организацији.¹¹ У шеми споразума посебно су приказане концесије у односу на пољопривредне производе које се огледају у највишим царинским стопама и царинским квотама. Такође су посебно приказане преференцијалне концесије које су изван система важења принципа најповлашћеније нације, у складу са чланом I став 2 Општег споразума о царинама и трговини (ГАТТ).¹²

в. Значај примене принципа најповлашћеније нације за конкуренцију

Као што је напред поменуто, наведене обавезе представљају обавезе *држава чланица* чији је циљ омогућавање приступа производа међународном тржишту, тачније, либерализација тржишта. И поред тога, општи правни акти (споразуми држава чланица и акти надлежних тела WTO) садрже одредбе које се односе на *пословне* субјекте који учествују у међународној размени као носиоци спољнотрговинског посла. Овде, међутим, није реч о нормама непосредне примене, јер се *приватни (недржавни) субјекти* који имају правни интерес да се оне поштују не могу позивати на њихову повреду и тражити пред WTO органима правну заштиту. С друге стране, мере држава чланица могу деловати подстицајно на привредне субјекте да предузимају акте и радње којима се врши повреда међународне конкуренције (нпр. преференцијалним избором порекла производа од стране субјекта који има увозни монопол, под утицајем изричитог или прећутног одобрења државног органа). У таквим случајевима, јасно је да ће држава бити одговорна за акте приватних субјеката предузете под утицајем њених мера.

И поред тога што представља уговорну *обавезу* држава чланица WTO, а не и правну обавезу привредних субјеката који у њима послују, начело најповлашћеније нације је од значаја за правично остваривање приступа тржишту држава чланица (*market access*), а тиме и за развој међународне конкуренције. Наиме, одредба члана I:1 ГАТТ, која садржи обавезу поштовања начела највећег повлашћења, обезбеђује „*једнакост могућности за увоз или извоз робе из или у државе-чланице*“.¹³

Другим речима, принцип најповлашћеније нације укида државне мере повољнијег третмана производа из појединих земаља у односу на исте или сличне

¹¹ Видети: GATT Article II – *Schedules of Concessions*.

¹² О структури шема концесија видети више на интернет-страници WTO: www.wto.org.

¹³ *Ibid*, ad 7, стр. 187.

производе из других земаља. У том смислу, може се сматрати да овај, као и остали принципи на којима почива систем међународне трговине под окриљем WTO, представља саставни део политике конкуренције (*competition policy*).¹⁴

1.2. Принцип националног третмана (енг. „*National treatment principle*“, „*NT principle*“)

a. Појам и обим примене принципа националног третмана

Пошто је мултилатералним трговинским споразумима, захваљујући дејству претходно објашњеног принципа најповлашћеније нације, омогућен приступ националном тржишту државе уговорнице производима са пореклом из других држава уговорница, намеће се проблем поштене тржишне утакмице између тих и домаћих производа, односно између страних произвођача и извозника и домаћих произвођача и трговаца. Поред општег циља либерализације међународне трговине, додатни циљеви оснивања WTO су: остваривање оптималног животног стандарда становништва, остваривање оптималног нивоа запослености, као и ефикасна расподела добара. У том смислу, посебан значај добија *право заштите конкуренције* између свих учесника на домаћем тржишту, без обзира на националну припадност, односно, без обзира на порекло производа или територијалну припадност привредног субјекта (према регистрованом седишту привредног субјекта, седишту управе, средишту главних пословних активности, или припадности контролних субјеката у капиталу друштва). Другим речима, пуни ефекат споразума и правних аката WTO могуће је остварити само у систему тржишно оријентисане привреде, у коме ефикасна примена права заштите конкуренције гарантује *једнакост могућности* за учешће на тржишту и инвестирање. Таква једнакост доприноси слабљењу монопола и ефеката олигополских (концентрованих) тржишта, тј. тржишта са једним или ограниченим бројем учесника, а тиме и до смањења цене производа, као и разноврсније и квалитетније понуде.

Описану једнакост могућности или функционалну конкуренцију између иностраних и домаћих производа и привредних субјеката обезбеђује принцип националног третмана. Реч је о националном третману увезених производа у погледу

¹⁴ Bernard Hoekman and Petros C. Mavroidis: „Economic Development, Competition Policy and the WTO“, *World Bank Policy Research Working Paper*, 2917, October 2002, pp. 6.

примене унутрашњих пореза (као што је порез на додату вредност, порез на пренос имовинских права и др), као и закона, подзаконских прописа и мера које утичу на продају, нуђење на продају, куповину, транспорт, дистрибуцију или употребу производа на унутрашњем тржишту, али и квантитативних нормативних ограничења у погледу мешања, прераде или употребе производа у одређеним количинама или сразмери. Садржина овог принципа одређена је одредбама члана III GATT-а.¹⁵

Природа спорова између страна уговорница поводом повреде члана III:2 GATT-а, може се сагледати путем извештаја панела GATT-а, као нпр. у случају *United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances (Superfund)* из 1987. године. Чланови панела утврдили су да су САД наплаћивале виши износ акцизе на увозни бензин у односу на таксу коју су наплаћивале за сличан домаћи производ. САД су негирале да је тиме ускраћено или отежано остваривање користи које из GATT-а произилазе у односу на Канаду, ЕУ и Мексико, али је панел одбио да прихвати ове аргументе, уз напомену да члан III:2 штити очекивања страна уговорница у погледу конкурентског односа страних и домаћих производа, а не њихова очекивања у погледу извезених количина производа.¹⁶

Исти став је потврђен и у извештају Апелационог тела WTO у случају *Japan – Alcoholic Beverages II*, тако што је наглашено да се оцена повреде забране дискриминаторских такси не заснива на примени теста тржишног ефекта (енг. „*trade effects test*“), нити на квалификованој примени стандарда мале вредности (*de minimis*).¹⁷

Може се, дакле, закључити да се примена овог стандарда (принципа) односи на сличне производе, као и на производе који су међусобно конкурентни, или су заменљиви једни са другима. Према досадашњим извештајима органа GATT-а и WTO, појам сличности производа (енг. „*likeness*“) је шири у односу на појам непосредно конкурентних и заменљивих производа (енг. „*directly competitive or substitutable*“).¹⁸ Први се примењује у оцени повреде одредбе члана III:2 садржане у првој реченици тог става, док се други појам примењује у оцени повреде одредбе члана III:2 садржане у другој реченици тог става. Тачније, сличност производа биће мерило за одмеравање

¹⁵ GATT, Article III – *National Treatment on Internal Taxation and Regulation*.

¹⁶ Наведено према: Kevin C. Kennedy, *Competition Law and the World Trade Organisation: The Limits of Multilateralism*, London, Sweet & Maxwell, 2001, pp. 131, 132.

¹⁷ *Japan – Alcoholic Beverages II*, pp. 16-17, 18-19, DSR 1996:I, 97 (WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R). Наведено према: „WTO Appellate Body Repertory of Reports and Awards 1995-2005“, compiled by the Appellate Body Secretariat, Cambridge University Press, 2006, pp. 324, 328.

¹⁸ Видети о томе у случајевима: *Japan – Alcoholic Beverages*, и *EC Asbestos* (WT/DS135/AB/R).

поремећаја конкурентности изазваног применом пореза и накнада у износу *већем* од оног који се примењује, непосредно или посредно, на домаћи производ. Односно, директна конкурентност производа (њихова узајамна заменљивост) биће мерило за одмеравање поремећаја конкурентности изазваног *начином примене* прописа и техничких (квантитативних) правила и мера, којим се обезбеђује заштита домаћим производима (енг. „*should not be applied . . . in a manner . . . so as to afford protection to domestic production*“).

Такође, може се закључити да се примена принципа националног третмана односи на унутрашње таксе, накнаде, прописе, техничка правила и мере, који „*утичу*“ на продају, нуђење продаје, . . . увезених и домаћих производа (енг. „*affect*“). Један од примера у којима је потврђен значај одмеравања непосредних и посредних ефеката и циљева одређених прописа и мера, представља случај *EC – Bananas III*.¹⁹ Предмет испитивања је био *утицај* услова за добијање увозних дозвола, предвиђених у циљу спровођења квантитативних ограничења увоза банана у Европску унију. Поступак издавања тих дозвола спровођен је на начин који је омогућавао дистрибутерима из ЕУ и Асоцијације карипских и пацифичких земаља (енг. „*ACP*“) да остваре тзв. квотну ренту (енг. „*quota rents*“), што је фактички представљало вид државне помоћи одн. субвенције. Тиме су дистрибутери са седиштем у ЕУ и карипско-пацифичким земљама доведени у повољнији положај у односу на дистрибутере из других земаља.

Примена националног третмана је једнако важна и у односу на инвестиције страних и домаћих субјеката, што је потврђено у извештају ГАТТ-панела из 1984. године у случају *Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act*. Овим извештајем је утврђено да канадски Закон о процени страних инвестиција крши одредбу члана III:4 ГАТТ-а, зато што одобрење стране инвестиције условљава обавезом инвеститора да купује сировине или полупроизоде домаћег порекла (енг. „*local content requirement*“).²⁰ Аналогно сагледавању поремећаја равнотеже функционалне конкуренције између *сличних*, односно *конкурентних или заменљивих* производа, примена принципа националног третмана као стандарда поступања са

¹⁹ *EC – Bananas III*, para. 211 (WT/DS27/AB/R), наведено према: *Ibid*, ad 17, pp. 339.

²⁰ *Ibid*, ad 16, pp. 133.

страном инвестицијом ограничена је условом „*сличних околности*“ домаћих и страних инвестиција које су „*tertium comparationis*“.²¹

б. Значај примене принципа националног третмана за конкуренцију

Шире посматрано, закони, правила и мере који *утичу* на продају, нуђење на продају, (. . .) производа – а који према одредбама члана III:1 и члана III:4 ГАТТ-а не смеју бити примењени тако да домаћим производима дају предност у односу на увозне – обухватају и прописе и државне акте којима се спречава и санкционише понашање *привредних субјеката* чији је циљ или последица ограничавање или нарушавање конкуренције на тржишту. Међутим, пасиван однос државе не може бити предмет испитивања у WTO-систему решавања спорова између држава чланица. Тако, на пример, пасивност државе која се огледа у пропуштању усвајања закона о заштити конкуренције не представља повреду одредбе члана III:4 ГАТТ-а.

С друге стране, дискриминаторска *примена* усвојеног закона о заштити конкуренције и сродних прописа и правила у тој области, у односу на домаће и стране привредне субјекте, представљала би *de facto* (фактичку) дискриминацију и повреду принципа националног третмана. Дискриминаторска *непримена* права заштите конкуренције (пропуштање да се примени закон на домаће субјекте, иако је раније исти закон примењен на стране конкуренте у истој или битно истој тржишној ситуацији) *није довољна* да се установи повреда наведене одредбе ГАТТ-а. Другим речима, држава може бити одговорна за последице рестриктивних аката и радњи приватних субјеката, уколико је својим *позитивним* мерама (обавезујућим или не) деловала подстицајно на такво њихово понашање.²²

Одговорност државе за повреду обавеза преузетих у складу са Општим споразумом о царинама и трговини, као и осталим правним актима „*под окриљем*“ Споразума о оснивању Светске трговинске организације (енг. „*covered agreements*“), утврђује се у поступку пред квази-судским органима WTO (панелима и апелационим телима). Услови и процедура подношења предлога за решавање међудржавних спорова одређени су одредбама члана XX и XXIII ГАТТ-а, као и посебним одредбама

²¹ Цветковић, Предраг: „Међународно право страних инвестиција“ (монографија), Задужбина Андрејевић Београд, 2007, стр. 31.

²² Brendan J. Sweeney, *The Internationalisation of Competition Rules*, Routledge, New York 2010, pp. 336-338.

појединих специјалних споразума под окриљем WTO. Сам поступак решавања спорова уређен је Договором о правилима и процедурама за решавање спорова, садржаном у Анексу II Споразума о WTO.²³

Према одредбама члана XXIII:1 GATT-а, држава извозница може тражити правну заштиту у следећим случајевима: XXIII:1(a) – у случају да друга уговорна страна не испуни своју обавезу у складу са овим Споразумом; XXIII:1(b) – у случају да друга уговорна страна примени неку меру којом се поништава или умањује корист за прву уговорну страну стечену у складу са Споразумом, или се отежава остваривање циљева Споразума; и XXIII:1(c) – у случају постојања било које друге ситуације. У сва три наведена случаја покретања поступка заштите угрожених права, односно користи стране уговорнице, потребно је да буде испуњен услов наглашен у описаном случају под XXIII:1(b). Тачније, потребно је да је наступила последица поништавања или умањења користи за страну уговорницу, стечених у складу са Споразумом, односно, да је значајно отежано остваривање циља Споразума.

Сагледавањем наведених одредби у контексту примене права заштите конкуренције и обавезе поштовања принципа недискриминације, може се закључити да ће се спорови због нарушавања једнаких могућности страних и домаћих конкурената водити на основу одредбе члана XXIII:1 (b). Наиме, ова одредба не захтева доказивање повреде обавезе државе чланице, већ доказивање *негативних последица* предузете мере, која не мора бити супротна њеним обавезама. Значајан дискрециони потенцијал сагледавања последица предузетих мера, које нису у супротности са обавезама државе чланице, ствара опасност нерационалног и несразмерног захватања у државни суверенитет. Осим тога, многе државне мере се могу оправдати економском политиком органа државне власти чији циљеви и инструменти нису у супротности са WTO-правним режимом. На опрезност и рестриктивност у примени одредбе члана XXIII:1(b) GATT-а указао је панел WTO у случају *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*.²⁴ У овом случају, WTO панел је изнео став да давање одобрења од стране државе приватној пословној пракси, или изузимање такве праксе од примене права заштите конкуренције од стране надлежног органа за заштиту

²³ *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*. О томе више у монографији *ad 7*, стр. 15-27.

²⁴ WTO Doc WT/DS44/R (1998).

конкуренције, представља *државну меру*, у смислу одредбе члана XXIII:1(b) ГАТТ-а.²⁵ Изгледи за успех државе извознице у овој врсти спорова постају већи уколико она докаже да у време уговарања концесије (у одређеној рунди преговора у оквиру мултилатералног трговинског споразума), *није знала нити могла основано и објективно очекивати* да ће друга страна преговора (држава увозница њених производа) примењивати домаће право заштите конкуренције на дискриминаторски начин, у корист домаћих произвођача. Не постоји, наиме, *позитивна* обавеза државе увознице да активно примењује право заштите конкуренције, већ само *легитимно очекивање* државе извознице да то право неће бити примењивано на недискриминаторски начин.

Поред тога што је тешко замислив успех у наведеној врсти WTO-спорова, поступак не би било могуће окончати одлуком којом се забрањује акт или радња предузета од стране *приватних, односно привредних субјеката*. Реч је, наиме, о међудржавним споровима, у којима држава која тужи (држава извозница) може да очекује успостављање поремећене равнотеже трговинских односа одобравањем концесија, или увођењем мера реторзије ретроградног и протекционистичког карактера у односу на државу увозницу.

1.3. Принцип транспарентности и правичног процеса

а. Појам и обим примене

Принцип транспарентности је од претходног значаја за оцену испуњавања обавеза држава чланица WTO о недискриминацији, у складу са напред описаним принципима (стандардима) најповлашћеније нације и националног третмана. Овај принцип је опредељен у члану X ГАТТ-а, а подразумева следеће обавезе држава:

1. *благовремено објављивање свих закона, подзаконских прописа, судских одлука и одлука административних органа опште примене*, које су у примени, односно, које су извршне на територији државе чланице, а односе се на:
 - класификацију или одређивање вредности производа у царинском поступку, стопе царина, пореза и других накнада, захтеве, ограничења и забране увоза, извоза или трансфера плаћања;

²⁵ Наведено према: *Ibid*, ad 22, pp. 344.

- благовремено објављивање свих наведених врста прописа и одлука које утичу на: продају, дистрибуцију, транспорт, осигурање, складиштење, контролу, излагање, прераду, мешање или другу употребу робе која је предмет увоза или извоза;
- 2. *забрана примене мере општег значаја* којом се:
 - увећава стопа царине или друге накнаде на увозне производе у односу на које је постојао трговински промет и претходно установљен царински режим, односно пракса;
 - уводи нова мера која садржи захтеве, ограничења и забране, или додатно оптерећење увоза или трансфера плаћања по увозним пословима – пре него што таква мера буде званично објављена;
- 3. *примена свих врста напред описаних прописа и мера на једнообразан, објективан (непристрасан) и разуман начин;*
- 4. *обезбеђење система судског, арбитражног или управно-судског поступка преиспитивања (ревизије) и преиначења административних одлука донетих пред царинским органима;*
- 5. остављање могућности централној управи царинских органа и других административних органа који примењују царинске прописе да тражи *преиспитивање одлука судских органа, арбитражних тела и управно-судских органа*, уколико постоје оправдани разлози који указују на одступање одлуке од установљених правних принципа или од утврђених чињеница.²⁶

Благовремено упознавање извршних власти и привредних субјеката држава чланица са ефективним режимом увоза и извоза производа у другим чланицама, омогућује *фактичко искоришћавање једнакости могућности*, чији је темељни оквир заснован на стандардима недискриминације и уговорених концесија. У случају примене режима квантитавних ограничења увоза пољопривредних производа, забрањено је *ретроактивно* објављивање додељених квота, односно њихово објављивање у периоду важења квоте. То је потврђено у извештају ГАТТ-панела 1989. године у случају *Restrictions on Imports of Apples*, када је установљено да је план расподеле квота између држава извозница објављен априла 1988. године, иако је у одлуци о расподели одређено

²⁶ Видети: GATT, Article X – *Publication and Administration of Trade Regulations*.

да квоте важе од фебруара те године.²⁷ Посебним правним актом WTO уведена је индикативна листа мера које подлежу обавези објављивања и установљен централни регистар за пријем обавештења о увођењу и садржини тих мера.²⁸

На основу цитираних одредби члана X ГАТТ-а, проистиче да принцип транспарентности укључује и општу одредбу стандарда правичног процеса (енг. „*due process*“, „*fundamental fairness*“, „*procedural fairness*“) – увођењем обавезе једнообразне, објективне и разумне примене уведених мера. У процесном смислу, овај принцип настоји да спречи непотребно и неоправдано одлагање спровођења процедуре чији је предмет заштита права страног привредног субјекта, као и да спречи спровођење те процедуре уз битне повреде поступка. Такве повреде принципа правичног процеса представљају „*ускраћивање правде*“ (енг. „*denial of justice*“), за које одговара држава по принципу објективне одговорности. У материјалноправном смислу, принцип правичног процеса намеће захтев да одлуке судова, арбитражних тела и управних органа буду засноване на јасним, довољним и логичним доказима, као и да разлози наведени у образложењу одлуке не противурече садржини изведених доказа на којима се одлука заснива.²⁹

б. Значај примене принципа за конкуренцију

Нема сумње да *право заштите конкуренције* подлеже обавези објављивања надлежном регистру WTO, јер га чине закони и други прописи који утичу на остваривање трговинске размене и конкуренције производа са пореклом из различитих земаља. Поред тога, судови или посебно установљени органи примене права заштите конкуренције имају обавезу да прописе примењују на *једнак начин* према свим субјектима, у складу са принципима националног третмана и правичног процеса. Повреда ових обавеза могла би бити повод за покретање поступка решавања спора између заинтересованих држава и државе одговорне за повреду, сходно одредбама члана XXIII:1(a) ГАТТ-а.

Међусобни однос права заштите конкуренције и права спољне трговине требало би сагледавати у контексту међузависности самих појава које представљају предмет

²⁷ „*Report of the GATT Panel, EEC – Restrictions on Imports of Apples*“, 1989, наведено према: *Ibid*, ad 16, pp. 135.

²⁸ Decision on Notification Procedures, with Annexes, *Indicative List of Notifiable Measures*.

²⁹ Цветковић, Предраг, *ibid*. ad 7, стр. 141, види: стр. 141-147.

њиховог уређивања. С једне стране, постоји комплементарна узајамност конкуренције и спољне трговине. Савремени спољнотрговински режим у оквиру WTO-правних правила омогућава приступ иностраним тржиштима и појаву међународне конкуренције. С друге стране, значајно ограничење („*испражњење*“) сувереног капацитета држава чланица у примени мера заштите домаће привреде и дефицит институционалног капацитета за ефективну примену права заштите конкуренције – стварају опасност од прекомерног утицаја и моћи мултинационалних компанија у неразвијеним земљама и земљама у развоју.

Поред комплементарности, право заштите конкуренције и право спољне трговине у својој интеракцији производе и одређене противуречности. Од посебног значаја за примену принципа транспарентности и правичног процеса су два таква случаја антиномије.

Прва противуречност се тиче конфликта између циљева и ефеката примене антидампиншких мера (у оквиру дозвољених спољнотрговинских мера интервенције државе), с једне стране, и циљева и ефеката заштите *међународне* конкуренције (конкуренције страних и домаћих производа), с друге стране. *Дампинг* постоји када се увозни производи продају по цени која је нижа од цене на тржишту порекла производа или на трећем упоредивом тржишту, или ако је нижа од цене коштања (производње). Антидампиншка маржа је мера коју држава увозница уводи по службеној дужности или на захтев репрезентативног дела домаћих произвођача, у циљу заштите домаће привреде од штетног утицаја дампинг-цене увезених производа. Циљ примене није заштита конкуренције, већ заштита домаћих привредних субјеката, због тога што надлежни органи примене антидампиншких мера не испитују однос структуре цене коштања увозних и домаћих производа, нити се упуштају у одмеравање квалитета увозних и домаћих производа, као ни у оцену технолошке разлике производних процеса страних и домаћих произвођача. С друге стране, право конкуренције забрањује само тзв. „*грабежљиво*“ или „*предаторско*“ (енг. „*predatory*“) понашање које се огледа у понуди производа по цени нижој од цене коштања, са циљем истискивања конкуренције, тј. са *намером* стицања монопола на релевантном тржишту. Реч је о заштити *конкуренције*, а не о заштити појединачних *конкурената*.

Друга противуречност се тиче екстратериторијалне примене (енг. „*extraterritoriality*“) права заштите конкуренције на акте и радње предузете *изван* територије државе примене права, којима се остварује непосредан, објективно

предвидив и значајан утицај на привредне токове и конкуренцију у тој држави. Реч је о својеврсном „изуму“ америчког правног система, који је у почетном периоду доводио до озбиљних међудржавних политичких тензија, иако је касније (последњих деценија) прихваћен у великом броју држава. Право спољне трговине примењује се, с друге стране, у складу са објективним принципом територијалног важења закона. Чињеница је, као што је напред наведено, да је суверени капацитет држава чланица ограничен постојећим правним режимом аката „под окриљем“ Споразума о оснивању WTO, уз могуће посебне изузетке, као и опште изузетке предвиђене у члану XX GATT-а. У том смислу, сувише екстензивна екстратериторијална примена домаћег права конкуренције на акте и радње страних привредних субјеката, као и на акте и радње домаћих привредних субјеката предузете у иностранству – може довести до политичких и економских сукоба између држава. Како у примени права заштите конкуренције готово увек постоји одређени степен дискреције надлежних органа (нарочито у примени теста разумности – енг. „*reasonableness test*“, „*rule of reason*“), повећава се могућност сумње у повреду принципа транспарентности и правичног процеса, што даје повод и основ за примену реторзионих мера и дисторзију мултилатералног система трговине.

2. Одредбе о заштити међународне конкуренције у праву Светске трговинске организације

2.1. Општи споразум о царинама и трговини (GATT)

Неке од одредаба овог Споразума објашњене су у претходном делу рада, имајући у виду њихово својство принципа, односно стандарда. Овде ћемо укратко указати на остале значајније одредбе GATT-а, које могу бити од утицаја на одговорност државе за акте и радње привредних субјеката којима се ограничава или нарушава *међународна* конкуренција.

Најпре, реч је о одредби члана XI GATT-а, којом је уведена општа забрана квантитативног ограничења увоза и извоза. Остала је, међутим, могућност да привредни субјекти државе чланице својим рестриктивним актима остваре ефекат државних ограничења. Таква опасност, нарочито, постоји у случају увозних монопола и олигопола, као и у случају извозних картела.

Према одредби члана II став 4 ГАТТ-а, када било која уговорна страна формално или фактички оснива, одржава или одобрава *монопол* за увоз било ког производа наведеног у одговарајућој шеми концесија – монополиста неће пословати на начин који није предвиђен у шеми или није на други начин договорен између страна које су уговориле концесију. Основни предмет и циљ ове одредбе је да сачува интегритет концесија којима се омогућује приступ тржишту (енг. „*market access commitments*“) од ерозије до које би могле довести одређене форме унутрашње (националне) тржишне структуре.³⁰

Такође, одредбом члана XVII ГАТТ-а предвиђено је да ће државна предузећа (у државном власништву или под контролним утицајем државе), која имају монопол у увозу или извозу производа, приликом предузимања радњи увоза или извоза поступати у складу са општим принципима недискриминације. Тачније, државни монополи ће одлуке о куповини или продаји производа заснивати на тржишним мерилима, укључујући цену, квалитет, доступност, превоз и остале услове куповине или продаје; истовремено, пружиће могућност субјектима из других земаља, у складу са уобичајеном пословном праксом, да се надмећу за учешће у куповини или продаји. Ове обавезе не односе се на увоз производа намењених потрошњи за потребе државе и њених органа. У том случају, држава има само обавезу да се према привредним субјектима других држава односи у складу са принципом правичности и једнаког третмана (енг. „*fair and equitable treatment*“).³¹

Извозни картели могу ограничити квоте извоза у односу на поједине земље увоза или одредити извозне цене на нивоу изнад граничних трошкова производње, које им омогућују тзв. „*захватање*“ потрошачког вишка у земљама увоза. Одређивање квота извоза (расподела извозних квота) између чланова картела, има исти ограничавајући ефекат на спољнотрговинску размену као и укинуте државне мере квантитативних ограничења увоза или извоза. И поред тога, ГАТТ не предвиђа било какве обавезе страна уговорница у погледу забране или ограничења деловања извозних картела. Разлог се, вероватно, налази у чињеници да готово све државе чланице WTO имају законе који садрже одредбе о изузимању извозних картела од примене правила о заштити конкуренције.

³⁰ Kevin C. Kennedy, *Competition Law and the World Trade Organisation: the Limits of Multilateralism*, London, 2001, pp. 129.

³¹ GATT, Article XVII – *State Trading Enterprises*.

2.2. Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS)

а. Циљеви Споразума

TRIPS и GATS су специфични споразуми у оквиру WTO споразума који, за разлику од осталих, не уређују *искључиво* општа или посебна питања међународне трговине робом. TRIPS уређује питања међународне трговине производима заштићених правима интелектуалне својине, преноса технологије, минималног стандарда заштите права интелектуалне својине и ефикасне заштите тих права. Поред тога, TRIPS је први међународни споразум којим се експлицитно признаје неопходност уређивања области преклапања и међусобног утицаја права заштите конкуренције и права интелектуалне својине.³² GATS, с друге стране, прописује одређена правила међународне трговине у сектору услуга.

Основни циљеви TRIPS споразума одређени су у Преамбули и члану 7 („Циљеви“) Споразума. Према одредбама Преамбуле, у основи Споразума је потреба да се унапреди ефективна и одговарајућа заштита права интелектуалне својине. Циљ ове заштите је да се смање поремећаји (енг. „*distortions*“) и сметње (енг. „*impediments*“) у међународној трговини. Истовремено, циљ је да се спречи ограничење међународне трговине прекомерном заштитом права интелектуалне својине.³³ Ови циљеви указују на дихотомију односа права интелектуалне својине и међународне трговине. С једне стране, постоји потреба ефикасне заштите права интелектуалне својине, имајући у виду да трговина производима којима се врши повреда ових права (нпр. трговина кривотвореном робом, робом лажних ознака порекла, итд) изазива поремећај међународне трговине и смањује подстицаје за међународни трансфер технологије. У том смислу, може се говорити о повреди права интелектуалне својине, као специфичном облику нелојалне конкуренције у међународној трговини.

С друге стране, права интелектуалне својине су по природи *искључива*, јер пружају носиоцу права (нпр. патента, жига, индустријског дизајна, ауторског дела, итд) *монопол* над економском (тржишном) експлоатацијом резултата научно-технолошких

³² „WTO – Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights“, edited by Peter-Tobias Stoll, Jan Busche and Katrin Arend, Max Planck Institute for Comparative Law and International Law 2009, pp. 660.

³³ *Op. cit.* pp. 63: „. . . to ensure that measures and procedures to enforce intellectual property rights do not themselves become barriers to legitimate trade; . . .“, (TRIPS, Preamble).

истраживања и других облика интелектуалног стваралаштва. У том смислу, претерано строг систем заштите права интелектуалне својине и сам може довести до ограничења међународне трговине, тиме што ће омогућити злоупотребу права или повреду и спречавање конкуренције од стране носиоца права интелектуалне својине. До повреде конкуренције од стране носиоца права долази услед злоупотребе монопола, као и путем рестриктивних споразума о давању лиценце за коришћење права.

Закључак је, дакле, да наведени поремећаји у примени права заштите интелектуалне својине могу довести до поремећаја међународне трговине, односно до ограничења међународне конкуренције. На једној страни, реч је о нелојалној конкуренцији и „криминализацији“ сопственог пословања од стране привредних субјеката који врше *неовлашћену употребу* туђих права интелектуалне својине. На другој страни, реч је о повреди међународне конкуренције од стране самих носилаца права заштите интелектуалне својине, злоупотребом права, злоупотребом монопола и закључивањем рестриктивних споразума (попут споразума којима се ограничава територија коришћења права на дистрибуцију производа заштићених патентом).³⁴

Према одредби члана 7 TRIPS-а („*Циљеви*“), заштита и примена права интелектуалне својине треба да пружи подстицај програмима и подухватима технолошких истраживања, као и преносу и ширењу технологије (енг. „*transfer and dissemination of technology*“), на обострану корист произвођача и корисника технолошких знања, а на начин који доприноси друштвеном и економском благостању, уз правилно одмеравање права и обавеза свих учесника у том процесу.³⁵ Из ове одредбе јасно произилази да је основни циљ Споразума заштита *инвеститора* (произвођача и корисника технолошких знања).³⁶ У том смислу, заштита проналазача и осталих креативних стваралаца представља претходни или темељни основ за даље јачање и учвршћивање позиција инвеститора, као оних који својим финансијским средствима спроводе креативну замисао у дело и економски је „опредмеђују“.

Сам процес техничких иновација (енг. „*technical innovation*“) обухвата више фаза: фазу истраживања и развоја (енг. „*research and development*“), фазу проналаска (енг. „*technical invention*“) и његове заштите и фазу индустријске примене проналаска

³⁴ Више о односу права интелектуалне својине и права заштите конкуренције видети у ауторском чланку: Вања Серјевић, „Субјективна права интелектуалне својине и заштита конкуренције“, *Правни живот*, Удружење правника Србије, бр. 13/2008 (том V), стр. 123-138.

³⁵ Види: TRIPS, Article 7 – „*Objectives*“.

³⁶ *Ibid*, ad 32, pp. 180.

(енг. „*implementation, leading to commercial maturity*“). Оправдано се, с тога, може говорити и о значајном и сложеном међуутицају тржишта и технологије, као и о постојању специфичних тржишта иновација. Позната су, тако, настојања Кине да потенцијале свог тржишта, привлачног страним инвеститорима, искористе условљавањем приступа тржишту преносом технологије – нарочито путем једнострано наметнутих услова јавних набавки (тендера) који се огледају у обавези оснивања заједничких предузећа (енг. „*joint ventures*“), или другим „*условима учинка*“ (енг. „*local content requirements*“).³⁷

*б. Утицај права интелектуалне својине
на међународну трговину и конкуренцију*

Правилно тумачење циљева TRIPS-а од значаја је за свеукупно схватање односа између права заштите интелектуалне својине и међународне трговине, с једне стране, као и односа између права заштите интелектуалне својине и међународне конкуренције, с друге стране. Основне одредбе TRIPS-а које пружају могућност ограничења права интелектуалне својине у циљу заштите међународне конкуренције налазе се у члану 8:2, члану 22:2, члану 31 (с) и (к), и члану 40.

Према одредби члана 8:2 TRIPS-а, државе уговорнице су овлашћене да предузимају одговарајуће мере, које нису супротне одредбама Споразума, у циљу спречавања злоупотребе права интелектуалне својине од стране носилаца права, као и у циљу спречавања аката и радњи тих субјеката којима се неоправдано ограничава трговина или негативно утиче на међународни трансфер технологије. Сходно одредби члана 5А Париске конвенције, која је унета у текст Споразума на основу члана 2:1 TRIPS-а, злоупотреба права интелектуалне својине се може огледати и у негативној чињеници некористиња права. Тако, на пример, неискоришћавање патента представљало би облик злоупотребе патента (енг. „*non-working of a patent*“). Има, међутим, и мишљења да одредбу члана 8:2 треба уже тумачити, тако што би се појам злоупотребе разматрао искључиво у контексту права заштите конкуренције. Ипак, више утемељења има мишљење да га треба посматрати на свеобухватан начин, јер злоупотреба може постојати и онда када носилац права нема тржишну моћ. Тачније,

³⁷ *Ibid*, pp. 182.

повреда конкуренције увек представља облик злоупотребе права, али свака злоупотреба права није истовремено и акт повреде конкуренције.³⁸

Поред тога, појам злоупотребе права интелектуалне својине у члану 8:2 Споразума шири је од појма злоупотребе у члану 40:2 Споразума. Одредбама члана 40:2 TRIPS-а предвиђено је да државе уговорнице могу законом одредити и санкционисати одређене врсте уговора о уступању права на коришћење предмета заштите интелектуалних права (лиценце) или одредбе и услове тих уговора, којима се нарушава конкуренција на релевантном тржишту. Наиме, злоупотреба права интелектуалне својине у смислу члана 8:2 обухвата, поред двостраних, и искључиво једнострано предузете акте злоупотребе којима се неоправдано ограничава трговина или нарушава конкуренција. Конкретни, појединачни облици таквих злоупотреба сагледавају се у складу са одредбама националних прописа држава уговорница. Тако, на пример, према примењеним *доктринама о злоупотреби* у Сједињеним Америчким Државама (енг. „*Misuse Doctrines*“), злоупотреба права интелектуалне својине састоји се у сваком акту који представља покушај да се индивидуално признато право прошири изван граница његове законом дефинисане садржине. На једној страни, ради се о свим оним облицима коришћења или некоришћења права којима се нарушава конкуренција. Ти облици злоупотребе сагледавају се на посебан начин, у складу са прописима у области права заштите конкуренције (енг. „*antitrust*“). На другој страни, одређено је пет одређених група случајева злоупотребе који би се могли разматрати у контексту самог TRIPS-а: споразуми о везивању (енг. „*tying agreements*“), наметање обавезе плаћања лиценцне накнаде по истеку периода важења заштићеног права, групне лиценце (енг. „*package licenses*“), обрачун и наплата лиценцне накнаде на основу укупног оствареног промета носиоца лиценце, као и повреда клаузуле неконкуренције. Неки од ових облика се могу сврстати у обе групе злоупотреба, као на пример, тзв. споразуми о везивању, имајући у виду да је тржишна моћ носиоца права елемент квалификације постојања злоупотребе (у смислу закона о заштити конкуренције).³⁹

У сваком случају, потребно је да акт злоупотребе буде у непосредној вези са правом интелектуалне својине. Уколико, на пример, повреда конкуренције произилази из неког ширег пословног подухвата или споразума (нпр. из договора конкурената о цени производа заштићених патентом) – при чему повод, остваривање и циљ таквог

³⁸ *Ibid*, pp. 200.

³⁹ Наведено према: *Ibid*, ad 32, стр. 201.

подухвата или споразума није зависан и одлучујуће везан за само право интелектуалне својине – *нема* злоупотребе права интелектуалне својине у смислу члана 8:2 TRIPS-а, већ акта повреде конкуренције у смислу општих одредби права заштите конкуренције.

Члан 22:2 TRIPS-а се односи на заштиту потрошача, трговаца и произвођача од непоштене тржишне утакмице субјеката који користе *лажне* знаке обележавања географског порекла производа.

Члан 31 TRIPS-а се односи на употребу предмета заштите патента *без сагласности* носиоца права („*принудна лиценца*“, енг. „*compulsory license*“), укључујући и употребу од стране државе или трећих лица овлашћених од стране државе. Одредбама овог члана одређени су општи услови одобрења принудне лиценце. Ипак, наглашене су одређене посебности у примени појединих услова у случају да је *повреда конкуренције* повод за одобравање принудне лиценце, када је таква повреда утврђена судском одлуком или одлуком надлежног органа за заштиту конкуренције. Тако, на пример, у случају технологије полупроводника, принудна лиценца се мора ограничити на јавну, некомерцијалну употребу, *осим* у случају принудне лиценце због утврђене повреде конкуренције (члан 31 (c) TRIPS-а). Поред тога, у случају утврђене повреде конкуренције од стране носиоца права интелектуалне својине – као разлога за покретање поступка одобрења принудне лиценце – државе уговорнице нису у обавези да примењују услове предвиђене у ставовима (b) и (f) члана 31 TRIPS-а. Тачније, не мора да се примени претходни услов упућивања захтева носиоцу права за уступање права на коришћење предмета заштите под разумним тржишним условима, нити се коришћење права мора ограничити у значајном делу на тржиште државе одобрења лиценце.⁴⁰

Најзад, одредбама члана 40 TRIPS-а државе уговорнице су се сагласиле: да неки уговори о лиценци или услови тих споразума могу имати штетне последице на трговину и отежати трансфер и ширење технологије; да државе уговорнице могу предвидети одговарајуће мере, које нису у супротности са одредбама Споразума, у циљу спречавања и контроле таквих уговора или услова, као што су, примера ради, услов уступања свих побољшања и нових патената до којих буде дошло у процесу коришћења уступљеног права (енг. „*grant-back conditions*“), услов одрицања од права да се захтева поништај патента (енг. „*preventing challenges to validity*“) и принудне

⁴⁰ TRIPS, Article 31 – *Other Use Without Authorization of the Right Holder*.

групне лиценце (енг. „*coercive package licensing*“); да је свака држава уговорница дужна одговорити захтеву за почетак консултација, упућен од стране друге државе уговорнице која основано сматра да је носилац права са држављанством или пребивалиштем у држави којој је захтев упућен – извршио повреду њених прописа са последицама које предвиђају одредбе овог члана; да су државе дужне да се одазову на позив за консултације држава уговорница против чијих грађана (држављана и лица са пребивалиштем на њеној територији) се воде поступци на територији прве државе због наведених повреда; да ће државе којима је упућен захтев за консултације брижљиво приступити њиховом вођењу (енг. „*shall accord full and sympathetic consideration*“), достављањем јавно доступних података у вези са предметом и других доступних података.⁴¹

Преглед уговора о лиценци и појединачних услова у тим уговорима којима се врши повреда конкуренције и ограничава приступ тржишту иновација, добија се увидом у законске прописе држава уговорница TRIPS-а. У том смислу, узорним примером бисмо могли сматрати одредбе Уредбе Комисије Европске Уније бр. 727/2004 о примени члана 81(3) Европског уговора на споразуме о трансферу технологије.⁴² Споразуми о трансферу технологије изузети су од примене члана 81(1) Уговора ЕЗ (сада члана 101(1) Споразума о функционисању ЕУ), због претпоставке о претежности корисних ефеката у односу на неизбежне последице мањег или већег ограничења конкуренције у датој области технологије. Ова претпоставка је условљена прописаном горњом границом величине тржишне моћи, и то до 20 % заједничког удела даваоца и примаоца лиценце као *конкурента*, односно, до 30 % појединачног тржишног удела даваоца и примаоца лиценце који *нису конкуренти*. Претпоставка је, наравно, оборива, па се накнадно (по пријави лица са правним или економским интересом, или по службеној дужности органа надлежног за примену права конкуренције) може утврђивати економски ефекат споразума у питању, у смислу значајног ограничења конкуренције на релевантном тржишту технологија. Предметна Уредба ЕУ садржи детаљан преглед одредаба уговора о лиценци *ограничавајућег карактера*, које уговор чине ништавим у смислу члана 81(1) Уговора ЕЗ (енг. „*hard-*

⁴¹ TRIPS, Section 8: *Control of Anti-Competitive Practices in Contractual Licences*, Article 40.

⁴² Commission Regulation (EC) No 772/2004 of 27 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements, *Official Journal of the EU*, OJ L 123, 27.4.2004, pp. 11.

core restrictions“), као и преглед осталих ограничавајућих услова уговора који су ништави, али без којих уговор о лиценци може остати на снази.⁴³

Члан 40 TRIPS-а унет је у текст Споразума на предлог држава у развоју и слабо развијених држава. На први поглед, одредбе овог члана гарантују минимум материјалних и процесних гаранција државама које су увознице технологије – у виду заштите од једнострано наметнутих услова преноса технологије коришћењем тржишне моћи носилаца права и стања зависности и нужде наведене групе земаља. Питање је, ипак, колики је *практични* значај члана 40 TRIPS-а. Многи аутори истичу да је занемарљив, јер је реч о нормама декларативног и упућујућег карактера, којима није понуђено практично решење за многе савремене аспекте права интелектуалне својине и примене права заштите конкуренције – попут, на пример, питања дематеријализације неких права (рачунарски програми, базе података), или питања екстратериторијалне примене права конкуренције.⁴⁴

2.3. Споразум о трговинским аспектима инвестиционих мера (TRIMS)

а. Значај директних страних инвестиција (енг. „foreign direct investment“, „FDI“)

Укидање мера нетарифних (количинских и других) ограничења увоза и извоза у оквиру мултилатералног система концесија уређених Општим споразумом о царинама и трговини (GATT), значајно је проширило могућности за ефикасније глобално пословање транснационалних компанија. Тачније, створен је напреднији, либералнији систем међународне трговине са повратним утицајем на производни процес компанија које организацију и стратегију пословања почињу да прилагођавају условима конкуренције на глобалном (светском) тржишту.

Битну карактеристику конкуренције на глобалном тржишту чини и конкуренција између самих земаља у привлачењу директних страних инвестиција. Поред изједначавања могућности (недискриминације) за производе из увоза (без обзира на порекло) у односу на домаће производе, уочена је потреба и за ограничавањем или

⁴³ Више о томе видети у чланку: Вања Серјевић, „Уредба Комисије бр. 772/2004 о примени члана 81(3) Европског уговора на споразуме о трансферу технологије“, *Европско законодавство*, Институт за међународну политику и привреду Београд, бр. 25-26/08, стр. 60-66.

⁴⁴ *Ibid* ad 32, pp. 675.

укидањем оних мера којима се нарушава конкуренција између страних инвеститора, односно конкуренција између страних и домаћих инвеститора.

Иницијативе и покушаји доношења међудржавног мултилатералног споразума о режиму страних инвестиција нису остварили свој циљ, иако се може рећи да је то делимично и посредно учињено усвајањем Општег споразума о трговини услугама (GATS) у оквиру Уругвајске рунде преговора у Маракешу. Овим споразумом је, у складу са шемама националних концесија у процесу либерализације тржишта услуга, омогућен приступ страним компанијама на тржишту земље уговорнице. „*Присуство компаније*“ тј. „*комерцијално присуство*“ (енг. „*commercial presence*“) на тржишту земље домаћина је један од четири облика остваривања тржишног приступа у области услуга. Имајући у виду да услужни сектор привреде добија све значајнији удео у светској трговини и бруто националном дохотку технолошки развијених земаља, јасно је да договорене концесије пружају значајне могућности за раст директних страних инвестиција у области услуга.

Производни сектор, с друге стране, у условима глобалне конкуренције и конкуренције нација, тежи искоришћавању локалних компаративних предности, тако што се производни процес организује у неколико земаља. Последице „*глобализације производног процеса*“ су од значаја не само за државу домаћина, већ и за државу порекла компаније. Поред позитивних, у све већој мери постају видљиви негативни ефекти који се огледају у одливу капитала, глобалним променама у структури тржишта радне снаге, али и основаној забринутости бројних невладиних организација у погледу поштовања основних људских права (нпр. злоупотреба деце у производном процесу, експлоатација јефтине радне снаге у пренасељеним подручјима, загађење животне средине, и остало).

У сваком случају, значај директних страних инвестиција је неспорно велики у земљама у транзицији и земљама у развоју, које немају довољну капиталну и технолошку основу за самостално стицање конкурентности на иностраном тржишту. Политички и правни режим одобрења стране инвестиције, али и услова пословања инвеститора, заједно са чиниоцима ризика инвестирања (ризик рата и грађанских немира, ризик трансфера добити, ризик експропријације, ризик репатријације, итд) и чиниоцима компаративних предности локалног тржишта – појединачно и збирно утичу на прилив инвестиционог страног капитала.

С друге стране, прилив страних инвестиција не мора нужно довести до унапређења индустријске основе, спољнотрговинске размене, равнотеже платног биланса и конкурентности привреде земље домаћина. У области заштите животне средине, заштите циљева друштвеног развоја и унапређења људских права, мултинационалне компаније су *дужне* да поштују прописе земље домаћина, као и кодекс друштвене одговорности.

б. Инвестиционе мере државе, као облик утицаја на ефекте FDI

Развојни, стратешки и трговински циљеви земље домаћина остварују се *контролисањем* ефеката стране инвестиције. Један од значајних облика те контроле представљају тзв. *инвестиционе мере у вези са трговином* (енг. „*investment measures related to trade*“, „*trade-related investment measures – TRIMs*“).

Према заступницима теорије неокласичног либерализма (и савршене конкуренције), ове и друге мере уплива државе у тржишне и инвестиционе токове, нарушавају равнотежу и ефекат тржишних закона. Мера која инвеститорима намеће обавезу да, уместо увозних, користе домаће сировине и полупроизоде у производном процесу, има исто дејство као и мера квантитативног ограничења увоза. Она подиже цену производње, чиме доводи до захватања потрошачког и произвођачког вишка. Према овом теоријском моделу, ни мере извозног учинка не могу дати позитивне ефекте у односу на спољнотрговински биланс земље домаћина. Претпоставка је, наиме, да су трошкови локалне производње већи од цена на светском тржишту, јер би, у супротном, страни инвеститори и сами имали интерес за извоз производа. У таквим околностима, извоз би се економски могао оправдати само фискалним подстицајима државе домаћина, односно, извозним субвенцијама. Субвенције би нужно додатно оптеретиле пореске обвезнике државе домаћина, и тако смањиле потрошњу на домаћем тржишту.⁴⁵

С друге стране, заступници теорије стратешке трговине (енг. „*strategic trade theory*“), међу којима и нобеловац Пол Кругман (Paul Krugman), указују да на тржишту глобалних олигопола (концентрације) има места за интервенцију државним мерама у циљу усмеравања дела произвођачког вишка (енг. „*rents-cum-producer-surplus*“) ка

⁴⁵ Theodore H. Moran, „The Impact of TRIMs on trade and development“, *Transnational Corporations*, vol. 1, no. 1 (February 1992), pp. 57.

земљи домаћину. Такође, инвестиционе мере које присуство страног инвеститора условљавају извозним резултатима, могу имати користан ефекат за државу домаћина у односу на транснационалне компаније суочене са високим трошковима напуштања тржишта (енг. „*exit costs*“) у држави порекла (укључујући и отпор синдиката), које уз то имају и чврсту шему тржишне размене између чланица корпорације (енг. „*intra-firm trade*“).⁴⁶

Закључак је, ипак, да сагледавање ефеката предузетих мера учинака стране инвестиције зависи од структуре тржишта. У том смислу, може се рећи да мере учинка стране инвестиције имају позитиван ефекат само уколико доприносе повећању конкурентности нације на светском тржишту.

*в. Одредбе TRIMS-а о тржишним аспектима инвестиционих мера
и њихов утицај на конкуренцију*

У складу са изнетим мишљењима и закључком о преовлађујућим негативним ефектима инвестиционих мера учинака, одредбом члана II TRIMS-а предвиђено је да ниједна држава чланица неће примењивати инвестиционе мере у вези са трговином (у даљем тексту: „*TRIMs-мере*“) које су у супротности са одредбама члана III и XI ГАТТ-а 1994.⁴⁷ У Анексу TRIMS споразума дата је илустративна листа *TRIMs-мера* које су несагласне члану III:4 и члану XI:1 ГАТТ-а 1994. Мере супротне члану III:4 су оне које су обавезне или извршиве у складу са домаћим прописима или одлукама управних органа, као и оне чија је примена услов за стицање неке користи или права, а које *захтевају*: а) *локални учинак* (енг. „*local content requirement*“) – куповину или употребу производа домаћег порекла; и б) *успостављање равнотеже спољнотрговинског биланса* (енг. „*trade-balancing*“). Мере супротне члану XI:1 су оне које су обавезне или извршиве у складу са домаћим прописима или одлукама управних органа, као и оне чија је примена услов за стицање неке користи или права, а које *ограничавају*: а) *увоз* – до количине или вредности локалних производа намењених извозу; б) *увоз* – ограничавањем конверзије домаће у стране валуте до висине девизних прилива

⁴⁶ *Ibid*, pp. 58.

⁴⁷ Agreement on Trade-Related Investment Measures, Article II:1 – *National Treatment and Quantitative Restrictions*.

остварених извозом производа; в) *извоз или продају ради извоза* – одређеном количином, вредношћу, или сразмерно оствареној локалној производњи.

У члану III TRIMS-а, предвиђени су изузеци од забране примене *TRIMS-мера*, у складу са општим условима одступања од примене одредаба GATT-а 1994, а у члану IV – могућност држава у развоју да привремено одступе од забране примене ових мера, под условима предвиђеним у члану XVIII GATT-а, у циљу уравнотежења платног биланса.

Многи аутори истичу да је TRIMS непотпун и једностран документ, јер забрањује само ону групу инвестиционих мера која је својствена земљама у развоју и неразвијеним земљама.⁴⁸ Изван домаћаја одредаба TRIMS-а, међутим, остају прикривени облици мера учинака инвестиције, које примењују *развијене* земље, попут правила о пореклу производа (енг. „*rules of origin*“) или финансијских подстицајних мера (тзв. „*позитивне*“ инвестиционе мере, енг. „*investment incentives*“).

Такође, изван домаћаја TRIMS-а су и рестриктивни пословни споразуми и акти мултинационалних и транснационалних компанија, предузети у фази реализације инвестиције у земљи домаћину – попут злоупотребе доминантног тржишног положаја. Наиме, емпиријски подаци показују да постоји узајамност између олигопола и страних инвестиција. Бразил, Мексико и друге земље имају више од 80 % страних директних инвестиција у секторима у којима четири компаније збирно имају више од 50 % тржишног удела.⁴⁹ Један од значајних облика испољавања доминације страних инвеститора на локалном тржишту земље домаћина изражава се као *монопсон* у односу на локалне добављаче, злоупотребом куповне моћи у намери *обарања цене* локалних производа. Тиме се они одвраћају од пословне сарадње са инвеститорима, чиме ови добијају изговор за увоз истих или сличних производа. У таквој ситуацији, услов локалног учинка добија на значају, јер представља инструмент заштите од прекомерне и злонамерне доминације страног инвеститора. Други облик испољавања доминације заснива се на искоришћавању (злоупотреби) инвестиционих мера којима се ограничава увоз производа, у циљу продаје застареле технологије на тржишту земље домаћина по

⁴⁸ *Ibid*, ad 45, pp. 63.

⁴⁹ *Ibid*, ad 45, pp. 61.

ценама које су знатно веће у односу на светску цену превазиђених модела (нпр. рачунара), и то за 130-170 %.⁵⁰

TRIMS је, на основу члана IX, подложен ревизији у Савету за трговину робом почев од 2000. године, са циљем преиспитивања потребе за допуном Споразума одредбама о правном оквиру инвестиција и заштите конкуренције. Није, међутим, постигнут споразум у том погледу, а оцена наведених могућности настављена је у WTO Радној групи за испитивање односа између трговине и инвестиција и Радној групи за испитивање међуутицаја трговине и политике заштите конкуренције.⁵¹ Земље у развоју су на Министарској конференцији у Канкуну 2003. године изразиле намеру да поново отворе преговоре о TRIMS-у, увиђајући да његове постојеће одредбе умањују капацитет државе да спроводи развојну економску политику. С друге стране, јавили су се предлози чланица групе развијених земаља да се постојећим ограничењима додају нова, увођењем забране условљавања стране инвестиције обавезом оснивања заједничког предузећа (енг. „*joint venture*“), или обавезом заједничког искоришћавања технологије (енг. „*technology sharing requirements*“).⁵²

2.4. Општи споразум о трговини услугама (GATS)

а. Садржина и ефекти Споразума

Општи споразум о трговини услугама је један од правних аката под окриљем Споразума о WTO и важан инструмент либерализације тржишта земаља чланица у сектору услуга. Значај GATS-а произилази из чињенице да је реч о сектору светске економије са најбржим растом и највећим уделом у глобалној производњи. Иако је тешко статистички утврдити удео услуга у привреди и привредном расту – услед различитих облика обављања промета (међу којима и преко директних страних инвестиција) – процењује се да је вредност прекограничног промета услуга у 1999.

⁵⁰ Случај Мексика и инвеститора у сектору рачунарске технологије – Hewlett Packard, Apple, Compaq, који су лобирали *против* либерализације мексичког тржишта рачунара – наведено према: Theodore H. Moran, Edward M. Graham, Magnus Blomstrum, „Conclusions and Implications for FDI Policy in Developing Countries, New Methods of Research, and a Future Research Agenda“, pp. 383.

⁵¹ Kevin Kennedy, *Competition Law and the World Trade Organisation: The Limits of Multilateralism*, 2001, pp. 164.

⁵² *Ibid*, ad 50, pp. 384.

години износила 1.300 милијарди америчких долара, што је око 20 % светске трговине, према показатељима платних биланса.⁵³

Споразум се примењује на *мере држава чланица које утичу на трговину услугама* (члан I:1 GATS-а). Дефиниције појмова „*мере*“, „*услуге*“, „*трговина услугама*“, „*мере државе чланице*“, „*мере државе чланице које утичу на трговину*“, и других, дате су у члану I и члану XXVIII GATS-а. Тако, појам „*мера*“ обухвата било коју меру државе, предузету у форми закона, подзаконског прописа, аутономног правног акта и правила, поступка, одлуке, административне радње, или у било којој другој форми. Појам „*услуге*“ подразумева било коју услугу у било ком услужном сектору, осим оних које су у функцији испуњавања овлашћења и дужности државних органа. „*Трговина услугама*“ дефинише се као обављање услуга на један од следећих начина (енг. „*modes of supply*“): 1) прекограничним прометом услуга (нпр. банкарска услуга трансфера новца из једне у другу државу); 2) пружањем услуге потрошачима из иностранства (нпр. туризам); 3) пружањем услуге путем тзв. „*пословног присуства*“ у земљи домаћину, путем оснивања привредног субјекта, припајања, оснивања огранка или филијале (нпр. огранак адвокатске канцеларије или предузећа за ревизију); и 4) пружањем услуге од стране физичких лица са привременим бораваком у земљи у којој се врши услуга (нпр. одлазак хирурга у страну државу ради обављања операције, или архитекте ради израде грађевинског пројекта).

Из наведених облика прекограничне трговине услугама може се закључити да је реч о врло сложеној области међународне трговине, која, поред економских, укључује и одређена, важна политичка и социјална питања. Тако, на пример, четврти облик промета услуга, који подразумева радну визу или привремени боравак физичких лица која пружају услугу, политички је веома осетљиво питање – имајући у виду да изазива проблем имиграције и структуре тржишта радне снаге. Претежно економски, али и значајан регулаторни значај, има трећи облик обављања трговине услугама. Реч је о директним страним инвестицијама у области услуга, од којих многе представљају по себи значајан чинилац у робној производњи, нпр. транспортне услуге, пренос и дистрибуција електричне енергије, телекомуникације, и тако даље. Услуге од општег значаја, код којих је неопходно прописима или регулаторним правилима уредити питање приступа, цене и квалитета услуге, захтевају посебан и свестран приступ

⁵³ United Nations Conference on Trade and Development, *Dispute Settlement – World Trade Organization*, 3.13 GATS, United Nations 2003, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.31, pp. 3.

приликом доношења одлуке о либерализацији или приватизацији тржишта. Ту постоји потреба правилног одмеравања различитих интереса и циљева, при чему прогресивном отварању тржишта (либерализацији) треба да претходи *одговарајућа* правна регулатива о условима и начину обављања услуге.

Појам „*пужање услуге*“ подразумева производњу, дистрибуцију, маркетинг, продају и испоруку услуге. „*Мере државе чланице*“ односи се на све мере које предузимају државни органи (централни, регионални и локални органи власти), али и оне мере које предузимају недржавне институције у границама поверених јавних овлашћења државних органа власти. Државе чланице имају дужност да предузимају све доступне мере у циљу испуњавања обавеза из GATS-а од стране регионалних и локалних органа државне власти и недржавних институција са повереним јавним овлашћењима.

„*Мере које утичу на трговину услугама*“ јесу све државне мере које се односе на: 1) куповину, плаћање или коришћење услуге; 2) приступ и коришћење услуга од општег значаја; и 3) присуство, укључујући пословно (комерцијално) присуство субјеката (правних и физичких лица) са држављанством, односно седиштем и боравиштем на територији једне чланице, у другој држави чланици.

Значај и осетљивост питања отварања домаћег тржишта услуга конкуренцији из других држава, условили су специфичност преговора у оквиру GATS-а, посебну структуру овог правног акта, али и ограничени обим примене општих принципа тржишног приступа и недискриминације. За разлику од сектора трговине робом у оквиру ГАТТ-а 1994, преговори о уступцима и прогресивној либерализацији тржишта услуга нису одређени реципроцитетом, већ асиметричним интересима уговорних страна, нарочито у погледу трећег и четвртог облика прекограничне трговине услугама.

54

Принцип најповлашћеније нације важи у свим секторима услуга, тако што ниједна чланица не може у односу на другу чланицу предузимати мере које утичу на трговину услугама, а које су неповољније у односу на мере које утичу на трговину услугама са било којом трећом државом. Тачније, државе чланице су дужне да, у погледу мера на које се односи Споразум, одмах и безусловно омогуће услугама и

⁵⁴ О томе види: Bernard Hoekman, „The GATS and Developing Countries – Why Such Limited Traction?“, у: Chantal Thomas and Joel P. Trachtman eds., *Developing Countries in The WTO Legal System*“, Oxford University Press 2009, pp. 443.

пружаоцима услуга свих других чланица не мање повољан положај од оног који пружају сличним услугама и пружаоцима услуга из било које треће државе.⁵⁵ Државе чланице имају могућност да предвиде *изузетке* од примене принципа најповлашћеније нације у одређеним секторима услуга, о чему обавештавају Савет за трговину услугама. Ови изузеци се уносе у посебан Анекс GATS-а, који чини његов саставни део, важе под условима предвиђеним у том Анексу, ограниченог су временског трајања и подложни су преиспитивању и преговарању у оквиру преговора о прогресивној либерализацији.⁵⁶ Приликом испитивања постојања дискриминације повредом принципа најповлашћеније нације, потребно је утврдити *порекло* услуге и пружаоца услуге, као и *сличност* услуга и пружаоца услуге чији је положај предмет упоређивања. Сличност услуга утврђује се на основу посебне међународне листе класификације услуга – *Services Sectoral Classification List* и детаљнијег система класификације производа – *UN Central Product Classification System* („CPC“). Тако је, на пример, у WTO спору *EC – Bananas III*, било потребно класификовати услуге дистрибутера банана, и то у оквиру сектора дистрибутивних услуга (енг. „*distribution trade service*“) или ужег подсектора велепродаје (енг. „*wholesale trade service*“).

Дискриминација, као што је раније у раду поменуто, може бити формална (*de jure*) и фактичка (*de facto*). Поред могућности изузимања одређених сектора од примене принципа најповлашћеније нације, одредбама члана V GATS-а дата је могућност државама да закључују споразуме о економској интеграцији и интеграцији тржишта радне снаге. Услови за обављање промета услуга и положај пружаоца услуга са седиштем или пребивалиштем у земљама чланицама ових споразума, изузети су од примене принципа најповлашћеније нације. Потребно је, међутим, да ови споразуми омогућавају узајамно отварање тржишта у претежном делу услужног сектора, као и одсуство или уклањање претежног дела постојећих мера дискриминације у односу на домаће услуге и пружаоце услуга, уз забрану увођења нових облика дискриминације.

Принцип транспарентности је, такође, принцип општег важења – у односу на све државе уговорнице GATS-а, као и у односу на све секторе услуга и пружаоце услуга. Огледа се у обавези држава да редовно и благовремено обавештавају Савет за трговину услугама о свим новим мерама општег дејства које се односе или утичу на примену GATS-а, и то најкасније до дана ступања на снагу тих мера. У погледу

⁵⁵ Article II GATS – *Most-Favoured-Nation Treatment*.

⁵⁶ Annex on Article II Exemptions.

транспарентности и правичног процеса, наглашена је потреба да се у преговорима о либерализацији тржишта посебна пажња усмери ка потребама земаља у развоју. Одредбама члана IV GATS-а предвиђено је да ће се у преговорима о посебним уступцима омогућити државама у развоју да остваре већи удео у светској привреди – јачањем домаћих капацитета, ефикасности и конкурентности у сектору услуга (уз омогућавање преноса технологије под тржишним условима); приступом дистрибутивној мрежи на тржишту развијених земаља и информацијама, отварањем тржишта развијених земаља у секторима и моделима промета од значаја за државе у развоју. У том смислу, предвиђено је да ће развијене земље организовати тзв. „контактне пунктове“, тј. *пунктове за размену информација* (енг. „*contact points*“), преко којих ће пружаоци услуга из земаља у развоју моћи да добију податке о тржишним и техничким условима пружања услуга, регистрацији, признавању или додели професионалних квалификација, као и о доступности пратећих технологија у датом услужном сектору.

Могло би се закључити да принципи најповлашћеније нације и транспарентности пружају значајне могућности за искоришћавање конкурентске предности локалних пружалаца услуга на међународном тржишту. Ипак, процес прогресивне либерализације тржишта услугама је активан и динамички процес, који се остварује постепено и, пре свега, у услужним секторима који су од значаја за несметано остваривање међународног промета робом. На то упућују и додатни уступци (енг. „*additional commitments*“) које државе уговорнице преузимају у оквиру посебних рунди преговора о либерализацији одређених сектора (телекомуникација, финансијских услуга, услуга у авио-саобраћају).

Истовремено, потребно је имати у виду још један чинилац ограниченог домашаја GATS-а и одступања од принципа и дејства одредаба Општег споразума о царинама и трговини (GATT 1994). За разлику од GATT-а, принцип националног третмана и приступа тржишту услугама важи само у оквирима преузетих посебних уступака држава чланица, наведених у појединачним шемама које чине саставни део GATS-а. Посебни уступци (енг. „*specific commitments*“) се односе на одређене услужне секторе и гране, као и моделе промета услуга у којима свака држава појединачно омогућује приступ конкурентима из других држава. Ови уступци се уписују у тзв. шеме уступака, попут шема концесија у оквиру GATT-а 1994. Када уз одређени сектор или подсектор услуга у шеми стоји ознака „без“ (енг. „*none*“), држава се обавезује да

омогући приступ тржишту под условима који важе и за домаће привредне субјекте, тј. без икаквих ограничења. Када, уместо ове, стоји ознака „*невезана*“ (енг. „*unbound*“), држава нема никакву обавезу да омогући приступ тржишту у датом услужном сектору, односно услужној грани. Поред тога, држава се може, у односу на одређене секторе и подсекторе, обавезати на пружање *ограниченог* приступа тржишту, тако што ће искључити или ограничити један или више могућих модела (начина) промета услуга, нпр. комерцијални приступ страним пружаоцима услуга на домаћој територији, или привремени боравак физичким лицима, пружаоцима услуга, на домаћој територији. Сви облици ограничења приступа тржишту уписују се у шему уступака, при чему се државе обавезују, у складу са одредбом члана XVI:1 GATS-а, да услугама и пружаоцима услуга из других чланица омогуће *најмање* положај, односно приступ, *једнак* ономе који је предвиђен у шеми уступака. То, даље, значи да – независно од преузетих обавеза у оквиру GATS-а – држава може омогућити *бољи* положај страним инвеститорима и *боље* услове за промет услуга, наравно, у складу са општим важењем принципа најповлашћеније нације (бољи третман важио би у односу на *све* државе чланице GATS-а).

У случају потпуног или ограниченог одобрења приступа тржишту услуга у одређеном сектору или грани, држава тај приступ *може условити* посебним ограничењима, условима и квалификацијама (енг. „*limitations, conditions and qualifications*“), што се обавезно мора назначити у шеми уступака. Таква, посебна ограничења пружају могућност државама да тржиште услуга отварају у строго ограниченом и контролисаном облику, у циљу спровођења циљева домаће економске политике. Мере које утичу на примену принципа приступа тржишту и националног третмана пријављују се Савету за трговину услугама најкасније на дан почетка њихове примене, односно ступања на снагу.

Поред свих наведених облика ограничења приступа тржишту услугама, државе чланице могу уговорити и *допунске услове* (енг. „*additional commitments*“), сходно одредби члана XVIII GATS-а. Реч је о посебним мерама које утичу на промет услуга, а које се односе на квалификације и стандарде обављања услуга, или на поступак одобравања (лиценцирања). Допунски услови (мере) се, такође, уписују у шему уступака.

б. Значај Споразума за конкуренцију

Као што се може закључити, међународна *конкуренција* на тржишту услуга омогућена је у оквирима ограниченог приступа тржишту. Такође, међународна *конкурентност* страних услуга и пружалаца услуга зависи од ограничења и услова важења принципа националног третмана. Општа процена могућности за остваривање међународне конкурентности у сектору услуга може се добити тек након свестраног и пажљивог сагледавања појединачних уступака држава чланица WTO у оквиру њихових шема уступака, као саставног дела GATS-споразума. Питање које се овде поставља јесте – *да ли се и у којој мери право заштите конкуренције може сматрати „мером државе која утиче на трговину услугама“?* И, даље, у случају позитивног одговора, да ли држава чланица WTO може бити одговорна за повреду одредаба GATS-а или ускраћивање користи које друге државе имају у складу са Споразумом – у случају непримене или дискриминаторске примене права заштите конкуренције у односу на услуге и пружаоце услуга из других држава?

Принципијелно, одговор на ова питања био би исти као у претходним разматрањима о општим принципима либерализације међународне трговине. Међутим, овде треба имати у виду посебност тржишта услуга у најзначајним секторима, које карактеришу *општи значај, универзални приступ (доступност) и/или дистрибутивна мрежа* (енг. „*general importance*“, „*universal ('public') access*“, „*network*“), као што су: транспорт (превоз), телекомуникационе услуге, дистрибуција електричне енергије, водоснабдевање, и тако даље. Реч је о секторима у којима је ефикасно и рационално обављање делатности (по принципима економије обима, покривености руралних средина и забачених подручја, права на приступ, квалитета услуге и приступачности цене) могуће само у условима контролисаног монопола (најчешће државног) или ограничене конкуренције (уз ограничен и контролисан приступ тржишту мањем броју субјеката по одобрењу надлежног државног органа или независног регулаторног тела).

Управо ове специфичности наведених и сличних услужних сектора представљају разлог и повод за њихово *изузимање од примене општих норми закона о заштити конкуренције*. Наиме, у највећем броју земаља, закон о заштити конкуренције *не примењује се* у односу на одређене секторе – то су тзв. „*секторска ограничења*“ важења права конкуренције (енг. „*sectoral exclusions*“). Контрола монопола, увођење ограничене или потпуне либерализације, као и питања обезбеђења континуитета, обима

и квалитета обављања изузетих делатности (сектора) – уређују се *посебним* прописима. У неким земљама су сва ова питања у надлежности посебних, независних регулаторних тела, па и питања заштите конкуренције спречавањем злоупотребе монопола или споразума између конкурената са специјалним овлашћењима за обављање истих или сличних делатности. У другим земљама, постоји конкурентна (упоредна) или подељена надлежност у области заштите конкуренције између *редовних органа за заштиту конкуренције и регулаторних тела*. У сваком од ових случаја, може се сматрати да пропис или други акт опште примене, који има за циљ заштиту конкуренције или регулацију одређеног тржишта – представља „*меру*“ која може утицати на трговину услугама. Одсуство таквих прописа или њихова непримена не могу се сматрати *мером*, већ само дискриминаторска *примена* тих прописа у односу на стране услуге и пружаоце услуга, као и било који други *позитивни (афирмативни)* став, прећутно одобрење, или подстицај државе и њених регулаторних тела, који домаће субјекте ставља у привилеговани положај. У овим ситуацијама – када се страним субјектима и услугама страног порекла *ускрађује (формално или фактички) једнакост могућности* на тржишту – држава чланица WTO може бити одговорна због неиспуњавања обавеза из Споразума.

Општи закључак је да GATS не садржи одредбе о актима и радњама *приватних субјеката* којима се ограничава промет услуга и конкуренција на релевантном тржишту. Ипак, Споразум у члану VIII намеће обавезу државама да предузимају мере према монополимa и искључивим (ексклузивним) пружаоцима услуга, у циљу спречавања праксе у промету услуга која одступа од обавеза држава преузетих у складу са чланом II Споразума и посебних уступака (*specific commitments*). У том смислу, супротно напред израженом *општем* закључку да држава не може одговарати због непримене права заштите конкуренције, *непредузимање* мера према монополимa и ексклузивним добављачима у смислу члана VIII GATS-а представља непосредни основ за покретање поступка утврђивања одговорности државе.

Такође, одредбама члана IX GATS-а, државе признају могућност да акти или радње *приватних* субјеката, односно пружалаца услуга (добављача), могу ограничити или спречити конкуренцију на релевантном тржишту услуга. У том смислу, државе се обавезују да започну заједничке преговоре у циљу уклањања (забране) таквих аката и радњи, као и да се свестрано посвете (енг. „*accord full and sympathetic consideration*“) испуњавању захтева друге стране, остваривању сарадње преносом јавно доступних

неповерљивих података, као и закључивању међудржавних споразума о размени поверљивих информација, уз потребне гаранције заштите тајности и приватности.

Поред тога, државе чланице су уочиле потребу ограничавања утицаја пословних удружења која имају овлашћења у поступку одређивања стандарда одређених услуга и давања овлашћења (лиценце) за обављање услужних делатности. Тако је одредбама члана VI:4 GATS-a предвиђено да ће Савет WTO за трговину услугама прописати правила према којима ће услови за обављање делатности (квалификације, технички стандарди, поступци и издавање лиценце) бити засновани на објективним и транспарентним критеријумима, као што су оспособљеност и капацитет за снабдевање тржишта. Поред тога, правила Савета (енг. „*disciplines*“) би требало да обезбеде да наведени услови не представљају терет већи од оног који је нужен за обезбеђење квалитета услуге, као и да поступак и услови издавања лиценце не постану инструмент прикривеног ограничавања прекограничне трговине услугама.⁵⁷

Одредбом члана VI:1 GATS-a предвиђено је да ће државе чланице, у границама преузетих посебних обавеза, одн. уступака (енг. „*specific commitments*“) примењивати сваку меру опште примене (која утиче на трговину услугама) на разуман, објективан и непристрасан начин (енг. „*in a reasonable, objective and impartial manner*“). С обзиром на напред изнету дефиницију „*мере*“, изгледа да би повреда наведене одредбе постојала и у случају дискриминаторске примене закона о заштити конкуренције. Питање је, међутим, колико би WTO панели *стварно* били у могућности да испитају довољан број случајева примене права о заштити конкуренције, имајући у виду да је реч о сложеним поступцима са значајном дискрецијом домаћих надлежних органа за заштиту конкуренције у процењивању корисних и штетних ефеката аката и радњи привредних субјеката.⁵⁸ Одговорност државе за непримену или дискриминаторску (неједнаку) примену права заштите конкуренције у односу на *порекло* услуге или њеног добављача (пружаоца услуге) – одредбом члана IX GATS-a – добија већи значај и тежину него што има у оквирима примене ГАТТ-а 1994.

Поред тога, одредбе члана IX GATS-a, иако деклараторне природе, утичу стимулативно на преговарачки процес прогресивне либерализације тржишта у одређеним услужним секторима – увођењем одредаба о *позитивним* мерама заштите

⁵⁷ Article VI GATS – *Domestic Regulation*.

⁵⁸ Jason E. Kearns, „International Competition Policy and the GATS: A Proposal to Address Market Access Limitations in the Distribution Services Sector“, *U. Pa. J. Int'l. Econ. L.*, 2001, Vol. 22:2, pp. 296-297.

конкуренције у споразум о тржишном приступу (налик на позитивне обавезе држава чланица WTO у Споразуму о трговинским аспектима права интелектуалне својине – TRIPS). То је, конкретно, случај са Анексом уз Споразум о основним телекомуникационим услугама из 1997. године, под називом *Пратећи акт о конкуренцији*.⁵⁹ Овај акт налаже оснивање независног регулаторног тела у области основних телекомуникационих услуга, и предвиђа одређене врсте *мера* које су национална регулаторна тела дужна да предузму у циљу спречавања злоупотребе монопола и других облика ограничавања конкуренције од стране највећих пружалаца телекомуникационих услуга.⁶⁰ Иако њиме није предвиђена могућност решавања спорова због повреде обавезе заштите конкуренције, неки аутори сматрају да Пратећи акт о конкуренцији представља зачетак универзалног (светског) права заштите конкуренције.⁶¹ Други, иако не оспоравају значај увођења одредби о заштити конкуренције у сектор телекомуникација (у Пратећем акту), упозоравају да би то могао постати модел за посредно увођење права заштите конкуренције у трговинске споразуме и споразуме о либерализацији осталих услужних сектора.⁶²

Штавише, поједини аутори (J. Kearns) истичу потребу закључења правног акта о услугама у области дистрибуције производа, као посебног услужног сектора (енг. „*distribution services sector*“).⁶³ То би, према овим ауторима, омогућило прелаз са садашњег, ограниченог секторског приступа праву конкуренције у Светској трговинској организацији (област телекомуникација и заштите права интелектуалне својине) на универзалну (општу) покривеност под окриљем Споразума о WTO. Kearns (Кернс) сматра да би требало извршити и унапређење постојећег режима заштите конкуренције у оквиру WTO – у границама потенцијалног Пратећег акта о услугама дистрибуције производа (енг. „*Reference Paper on Distribution Services Sector*“) – увођењем посебног механизма решавања спорова због повреде конкуренције. Прецизније, предлаже увођење посебног *ad hoc* панела за решавање ове врсте спорова, чије би седиште било у туженој држави, а одлуке панела *необавезујућег карактера*.

⁵⁹ Reference Paper on Competition Policy (Annex to the 1997 Agreement on Basic Telecommunication Services).

⁶⁰ Kevin C. Kennedy, *Competition Law and the World Trade Organisation: The Limits of Multilateralism*, London 2001, pp. 160.

⁶¹ Guy de Jonquieres, „Financial Times Survey: The World Trading System at 50“, *Financial Times*, May 18, 1998 – наведено према: *Ibid*, ad 60, pp. 161, f.n. 24.

⁶² Joanna Shelton, „Competition Policy: What Chance for International Rules?“ (1999) 2 OECD J. Competition L. & Pol’y 59, 62 – наведено према: *Ibid* ad 60, pp. 161, f.n. 25.

⁶³ *Ibid.*, ad 58, pp. 311-318.

2.5. Остали WTO споразуми

Остали WTO споразуми од већег утицаја на режим примене права заштите конкуренције у земљама чланицама јесу: Споразум о примени члана VI Општег споразума о царинама и трговини (тзв. „Анти-дампинг споразум“),⁶⁴ Споразум о заштитним мерама;⁶⁵ и Споразум о субвенцијама и мерама заштите.⁶⁶

Међутим, за разлику од других споразума који садрже одредбе о обавези држава чланица да спречавају рестриктивне пословне праксе државних монопола, субјеката са ексклузивним правима и осталих *привредних* субјеката, наведени споразуми пружају могућност предузимања *државних* мера које су по својој природи протекционистичке, а тиме и *супротне основним циљевима права заштите конкуренције*. Циљ мера предузетих у складу са овим споразумима јесте привремено укидање *једнаких могућности* установљених WTO правним режимом за производе са пореклом из *различитих* држава чланица.

а. Анти-дампинг споразум

Анти-дампинг споразум прописује услове и поступак увођења антидампиншке марже, односно додатне царине уз ону која је као највиша предвиђена у одговарајућој шеми концесија, и то за производе који се увозе по цени нижој од нормалне цене производа или цене на тржишту земље порекла („дампинг“, енг. „*dumping*“), све у циљу избегавања непосредне опасности настанка материјалне штете за привреду земље увоза. Дампинг, међутим, не представља нужно и повреду конкуренције, као ни облик нелојалне конкуренције – што га издваја из предмета заштите права конкуренције. Наиме, он може бити сасвим легитиман облик конкуренције на међународном тржишту – уколико не постоји *намера* потискивања конкуренције са тржишта ради стицања монопола. Примена анти-дампиншких мера, с друге стране, није условљена претходним испитивањем постојања *намере* да се непоштеном конкуренцијом стекне монопол – што овим државним (трговинским) мерама даје изразито протекционистичко

⁶⁴ Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 („*Anti-Dumping Agreement*“ – ADA).

⁶⁵ Agreement on Safeguards.

⁶⁶ Agreement on Subsidies and Countervailing Measures.

обележје, а тиме и потенцијал нарушавања међународне конкуренције од стране државе увоза. Предмет права конкуренције је само тзв. „*грабежљиво*“ („*предаторско*“) *одређивање цене* на тржишту ради стицања монопола (енг. „*predatory pricing*“), а не и *дампинг*, као знатно шири феномен. Имајући у виду, дакле, да *спречавање и кажњавање дампинга не представља предмет заштите права конкуренције, већ спољнотрговинског права* (прописивањем услова и поступка примене антидампиншке марже, као *државне мере заштите*) – јасно је да дампинг не представља ни предмет заштите у оквиру права *међународне* конкуренције. Управо из тог разлога, овај феномен није предмет посебног разматрања и анализе у раду, јер превазилази оквире задате теме дисертације, једнако као и феномен заштитних мера ограничења увоза и феномен субвенција (државне помоћи).

И поред тога, појашњења ради, указујемо да постоје два основна облика дампинга: *међународна ценовна дискриминација* и *продаја производа по цени испод цене коштања*. Први облик дампинга је својствен компанијама које имају тржишну моћ на националном (домаћем) тржишту. Ове компаније користе своју доминацију (монопол) за пласман производа на националном тржишту по цени која је виша од цене истог производа на конкурентном тржишту – чиме остварују монополски профит захватањем тзв. потрошачког вишка. Такав профит им, с друге стране, омогућава да исте производе извозе на знатно конкурентнија тржишта других земаља по нижој цени, што доводи до тзв. међународне ценовне дискриминације. Ова дискриминација не представља истовремено и повреду конкуренције на тржишту земље увоза, иако је резултат злоупотребе монопола (или доминантног положаја) извозника на домаћем тржишту, односно у земљи извоза. Ипак, стицање међународне конкурентности привредног субјекта искоришћавањем или злоупотребом монополског положаја на домаћем тржишту представља облик *нелојалне конкуренције*.

Други облик дампинга, као што смо напред навели, може представљати сасвим легитиман облик конкуренције. Продаја производа по цени нижој од цене коштања погодује потрошачима, који за исти производ плаћају мање. Конкуренција произвођача истог или заменљивог производа преко цене, често делује подстицајно на промену пословне стратегије учесника на тржишту ради очувања и унапређења положаја у односу на конкуренте. Промена пословне стратегије, у том циљу, подразумева, између осталог: иновације производа и производног процеса, промену и унапређење пословне

организације и управљања, нови дизајн (облик производа), заштиту робне ознаке препознатљивог брэнда (жиг), и тако даље.

Дакле, дампинг путем цене која је нижа од цене коштања има *претежно* позитиван утицај на конкуренцију. Повреда конкуренције постоји само онда када је овај облик дампинга саставни део *стратегије (намере) произвођача да нижом ценом производа истисне са тржишта остале конкуренте и тиме стекне доминантан тј. монополски положај*.

Административни поступак утврђивања дампинга и анти-дампиншке марже је, у значајној мери, *дискрециони*. У том поступку се не испитује постојање предаторске намере извозника, па се оправдано може рећи да је и сам концепт анти-дампинга противан основним циљевима политике и права конкуренције. Осим тога, овај поступак је и *дискриминаторски*, што је супротно основним начелима Општег споразума о царинама и трговини, јер постоји дискрециона могућност одређивања анти-дампиншке марже само у односу на производе из појединих земаља, а све у циљу заштите домаћих произвођача.

Управо из тих разлога, постоје мишљења да анти-дампинг нема своје реално економско оправдање и да би га требало у потпуности заменити *међународним* правом конкуренције. Примере за то у пракси налазимо у Европској унији и трговинском споразуму између Аустралије и Новог Зеланда (енг. *The Australia-New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement, 'CER'*).

б. Споразум о заштитним мерама

Споразум о заштитним мерама даје могућност привременог одступања, измене или суспензије обавеза и царинских олакшица (концесија) преузетих у складу са ГАТТ-ом 1994, у циљу отклањања или спречавања последица изненадног и значајног повећања увоза од кога потиче опасност настанка материјалне штете за привреду државе увоза. Пре доношења Споразума, ово питање је било уређено у члану XIX ГАТТ-а 1947 (енг. „*emergency clause*“).⁶⁷ Проблем у примени тог члана представљало је то што је ограничење требало увести *pro rata* у односу на све земље извознице, једнако као и накнаду (компензацију) на име штете због привременог ограничења увоза

⁶⁷ Article XIX – *Emergency Action on Imports of Particular Products*.

или суспензије царинских концесија – а све у складу са принципом недискриминације. Управо зато, у пракси су се јавили међудржавни уговори о добровољном ограничавању извоза, као вид заобилажења мултилатералне примене члана XIX ГАТТ-а. Међудржавни уговори о добровољном ограничењу извоза⁶⁸ су трговински споразуми између држава увоза и извоза, којима се утврђују извозне квоте заинтересованих земаља, а у циљу избегавања нежељених последица прекомерног увоза. У судској пракси САД, као земље увознице која је закључивала такве споразуме, поставило се питање њихове уставности и законитости, у смислу америчког Устава и права конкуренције. И поред тога, одбрањен је став да је реч о споразуму који није подложен преиспитивању према одредбама Шермановог или било ког другог закона из области заштите конкуренције, јер је заштићен приговором имунитета државног акта (енг. „*Act of State doctrine*“). У сваком случају, значај државних споразума о добровољном ограничењу извоза има историјски карактер, имајући у виду да је у члану 11.1(b) Споразума о заштитним мерама *изричито забрањено* државама да их закључују.

Према Споразуму о заштитним мерама, државе чланице могу да уведу *привремене* мере ограничења увоза само у нужним случајевима (енг. '*emergency safeguard actions*'), тачније, само ако је то *неопходно* да се спречи или умањи значајна штета домаћој привреди, као последица *изненадног и значајнијег повећања увоза*. Ова мера заштите се може применити само након спроведеног јавног и отвореног административног поступка испитивања наведених чињеница. Ограничење увоза може трајати највише четири године, а мора бити праћено и компензаторном накнадом државама према чијим извозницима је ограничење увоза усмерено.

Дакле, као и дампинг, мере ограничења увоза су, по својој природи, *протекционистичке* и супротне циљевима *неоетане конкуренције учесника на међународном тржишту*. Међутим, за разлику од дампинга и субвенција – које представљају облике *нелојалне (непоштене) конкуренције* – мере заштите од прекомерног увоза немају свој узрок у непоштеној тржишној утакмици. Напротив, са становишта државе увоза, представљају веома важан „*сигурносни вентил*“ (енг. „*safety valve*“) који пружа могућност очувања конкурентности нације на глобалном тржишту.

⁶⁸ Voluntary Export Restraint Agreements (VRAs, VERs).

в. Споразум о субвенцијама и компензаторним мерама

Споразум о субвенцијама и компензаторним мерама прописује услове и поступак увођења додатне царине на увозне производе чији су производња и/или извоз субвенционисани од стране државе извоза.

Компензаторне дажбине представљају *мере заштите домаће привреде од нелојалне конкуренције страних привредних субјеката*. Компензаторне дажбине представљају одбрамбени одговор, тј. реакцију државе увоза у односу на производе чију производњу/умањење расхода у транспорту и извозу/увећање добити одрицањем од јавних прихода – помаже држава производње или држава извоза производа. Субвенције (државна помоћ) стварају неекономску (нетржишну) предност тј. корист примаоцу (предузећу или групи предузећа, грани или сектору производње/привреде) у односу на конкуренте – остале привредне субјекте који у истим или сличним тржишним условима производе исти или битно слични производ.

Облици помоћи (субвенције) су различити – капитални, финансијски (директни и индиректни), мере подршке у набавци основних средстава и других производа и/или услуга испод тржишне цене, фискални, и слично. *Давалац субвенције* може бити држава, али и њени органи и институције којима су поверена јавна овлашћења. То могу бити и правно-политичке територијалне јединице које се финансирају из јавних прихода (пренетих или оригинарних), али и приватни субјекти (банке и др. финансијске организације) који финансирају одређену производњу или пројекат средствима која обезбеђује у целости или делимично држава, уз њен надзор и контролу.

Штета која, услед увоза субвенционисаних производа, настаје за државу увоза, дефинише се као *материјална штета* или као озбиљна и предстојећа *опасност* од настанка штете. Штета се утврђује на основу позитивних доказа и објективне процене показатеља апсолутног или релативног повећања увоза субвенционисаног производа, као и његовог ефекта на цене производа, производњу и залихе производа на домаћем тржишту. *Домаћу производњу* чини већина (више од 50%) произвођача истог или битно сличног производа који изричито подржавају или оспоравају предлог за иницирање поступка увођења компензаторних дажбина, при чему они морају представљати најмање 25% свих домаћих произвођача (према врсти и обиму производње). Неће се сматрати домаћим произвођачима лица која су повезана са произвођачем и/или

извозником и/или увозником субвенционисаног производа, као ни они домаћи произвођачи који су истовремено и увозници.

Може се закључити да у систему WTO нема *ex ante* контроле дозвољености субвенције. Зато је самодисциплина држава-чланица WTO неопходан услов поштовања одредаба Споразума. На тај начин, а у складу са принципом пропорционалности, постигнута је равнотежа између универзалног (међународног) и партикуларног (националног) интереса држава-чланица да самостално утврђују општи интерес који треба да задовољи одређена шема помоћи-субвенције.

Уколико извоз субвенционисаних производа доводи до озбиљне (материјалне) штете домаћој привреди земље увоза тих производа, или производи озбиљну и претећу опасност настанка штете, држава увоза може покренути поступак за одређивање компензаторне дажбине, као мере заштите домаће привреде. То је тзв. „унилатерални пут“ остваривања правне заштите – енг. „*unilateral track*“. С друге стране, субвенције којима се врши повреда права или угрожавање интереса очекивања државе чланице, или се остварују негативни ефекти субвенције на други начин, могу бити предмет испитивања у поступку мултилатералног решавања спорова у оквиру WTO – енг. „*multilateral track*“, код којих је захтев тужиоца усмерен на укидање или ограничавање субвенције у питању.

ГЛАВА II

ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

1. Европска унија, као облик политичке, економске и монетарне интеграције европских држава

Европска унија представља облик интеграције држава на вишем степену у односу на остале регионалне трговинске споразуме и царинске уније. Регионалне трговинске споразуме одликује слободан (бесцарински) или преференцијални систем протока робе и услуга између држава чланица. Царинске уније имају наведене

карактеристике регионалних трговинских споразума, подигнут на ниво потпуног укидања царинских мера заштите привреде држава чланица и заједничке царинске политике према трећим државама. Европска унија, с друге стране, има све наведене карактеристике царинске уније, подигнуте на ниво економске и монетарне уније (заједнице држава). Заједничка царинска политика држава чланица Европске уније (енг. *Common Customs Tariff – CCT*) саставни је део шире, тзв. заједничке тржишне политике ЕУ (енг. *Common Commercial Policy – CCP*). Заједничка тржишна политика ЕУ има шире значење од заједничке царинске политике у односу на треће државе, јер подразумева овлашћење ЕУ да закључује међународне царинске и трговинске споразуме, као и њено овлашћење да усваја мере и акте којима се постиже једнообразност на пољу либерализације, извозне политике и мера заштите привреде, као што су антидампиншке и компензаторне мере.⁶⁹

Европска унија је организационо и институционално превазишла оквире Европске заједнице за угљ и челик (енг. *European Coal and Steel Community – ECSC*) и Европске економске заједнице (енг. *European Economic Community – EEC*) Уговором из Мастрихта, тачније, Споразумом о Европској унији, који је ступио на снагу 1. новембра 1993. године. Овим споразумом су Заједници дата овлашћења за остваривање економске и монетарне уније.⁷⁰ Споразум о Европској заједници је, након тога, међан Уговорима из Амстердама и Нице, а нарочито значајне и демократске промене у функционисању ЕУ уведене су Споразумом из Лисабона, који је ступио на снагу 1. децембра 2009. године.⁷¹ Овим изменама, Споразум о оснивању Европске заједнице постао је Споразум о функционисању Европске уније (енг. *The Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU*), а дошло је и до пренумерације већине чланова Споразума о оснивању Европске заједнице.⁷²

Значај политике и права конкуренције у процесу изградње јединственог европског тржишта (енг. *single European market*) препознат је од самог оснивања европских институција и основних принципа заједничког тржишта. Јединствено тржиште подразумева, поред слободе протока робе и услуга, слободу кретања

⁶⁹ Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford University Press, 2004, pp. 29.

⁷⁰ *Ibid*, pp. 13.

⁷¹ Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community (2007/C 306/01), *Official Journal of the European Union*, C 306/1, 17.12.2007, pp. 1.

⁷² General Secretariat of the Council of the EU, *Information Note – TREATY OF LISBON*, December 2009, <http://www.consilium.europa.eu>.

производних чинилаца (фактора производње), односно слободу протока радне снаге и капитала. Заједничко тржиште је, најпре, успостављено кроз процес тзв. негативне интеграције (енг. *negative integration*), тако што је Споразумом о оснивању Европске економске заједнице предвиђена забрана увођења нових или одржавања постојећих царинских и квантитативних ограничења у трговини између држава чланица. Основи тзв. „четири слободе“ (енг. „*the four freedoms*“) – кретања робе, људи, услуга, и капитала (енг. *free movement of goods, persons, services and capital*) – постављени су у члану 28 и 29 (за робу), члану 39 (за раднике), члану 43 (за оснивање – слободу пословног предузетништва), члану 49 и 50 (за услуге), и члану 56 (за капитал).⁷³

Након политичке и економске кризе средином 80-тих година, постало је јасно да бесцаринска унија, заснована на систему негативне интеграције није довољна за пуно функционисање јединственог тржишта. Препознате су три основне врсте препрека остварењу јединственог тржишта: физичке препреке (задржавања на унутрашњим међудржавним границама, царинске контроле, администрација); техничке препреке (различитост националних производних стандарда и техничких правила, неусаглашеност правних правила пословања, отежан приступ заштићеном тржишту јавних набавки); и фискалне препреке (различитост стопа пореза на додату вредност и акциза).⁷⁴ Потреба за увођењем већег броја мера неопходних за остварење унутрашњег, односно јединственог тржишта, довела је до прве значајније измене Римског споразума из 1957. године. То је учињено Јединственим европским актом (енг. *The Single European Act – SEA*) 1986. године. Новим мерама, међу којима је и посебно значајна одредба члана 95 о квалификованој већини гласова неопходних за доношење мера за усаглашавање прописа држава чланица (битних за организацију и функционисање унутрашњег тржишта) – створен је правни основ за тзв. *позитивну интеграцију* (енг. *positive integration*), путем хармонизације правних правила држава чланица.⁷⁵

⁷³ *Ibid*, ad 69, pp. 10.

⁷⁴ Lord Cockfield, *The European Union: Creating the Single Market* (Chichester, Wiley Chancery, 1994), 39 – наведено према: *Ibid*, ad 69, pp. 11.

⁷⁵ О различитим моделима (приступима) хармонизације, видети: *Ibid*, ad 69, ab „Different Approaches to Harmonization“, pp. 506-527.

2. Европско право конкуренције

Анализу садашњег правног оквира заштите конкуренције у Европској унији започињемо указивањем на њене циљеве и основне принципе, садржане у Преамбули, као и у општим и посебним одредбама Споразума о функционисању Европске уније (у даљем тексту: „СФЕУ“).⁷⁶

Појам поштене тржишне утакмице, односно конкуренције помиње се већ у четвртој алинеји Преамбуле СФЕУ, као један од циљева које треба остварити уклањањем преосталих препрека уравнотеженој трговини на заједничком тржишту.⁷⁷ Поред тога, у шестој алинеји Преамбуле истакнута је намера да се, путем мера заједничке трговинске политике, оствари постепено укидање ограничења у међународној трговини.⁷⁸ Заједничка трговинска политика ЕУ представља *спољни* аспект трговинске политике Уније, јер се тиче њеног односа са трећим државама.⁷⁹ У том смислу, она има значајних додирних тачака са политиком и правом заштите конкуренције, нарочито међународне конкуренције, јер обухвата, поред осталих, и следеће битне аспекте међународне трговине: директне стране инвестиције, мере либерализације тржишта, као и мере заштите домаће привреде и унутрашњег тржишта у случају дампинга и субвенција.⁸⁰

Одредбама члана 3 Споразума предвиђене су области искључиве надлежности Европске уније. Једна од тих области је и доношење правних правила заштите конкуренције, неопходних за функционисање унутрашњег тржишта.⁸¹ Европски корпус права заштите конкуренције проистиче из више извора. Најважнији општи извор јесу одредбе конститутивног европског акта, сада Споразума о функционисању Европске уније. Поред већ поменутих одредби Преамбуле и основних (општих) одредаба Споразума које се тичу конкуренције, општи нормативни оквир уређен је у Глави VII СФЕУ (члан 101-106), под називом: „Заједничка правила о конкуренцији,

⁷⁶ The Treaty on the Functioning of the European Union, Consolidated version, *Official Journal of the European Union*, C 115/47, 9.5.2008, pp. 47.

⁷⁷ *Ibid, cit*, PREAMBULE – „RECOGNISING that the removal of the existing obstacles calls for concerted action in order to guarantee steady expansion, balanced trade and fair competition, . . .”

⁷⁸ *Ibid, cit*, PREAMBULE – „DESIRING to contribute, by means of a common commercial policy, to the progressive abolition of restrictions on international trade, . . .“

⁷⁹ О томе више: *Ibid*, ad 69, pp. 29-30.

⁸⁰ *Ibid*, ad 76, Article 207(1) TFEU.

⁸¹ *Ibid*, Article 3(1)(b) – *cit*. „The Union shall have exclusive competence in the following areas: . . . (b) the establishment of the competition rules necessary for the functioning of the internal market; . . .“

порезима и усклађивању права“.⁸² Остале изворе права чине комунитарни акти (секундарно законодавство и остали акти које доносе институције ЕУ), пракса европских судова (Европског суда правде и Суда прве инстанце), као и општи принципи европског (комунитарног) права.⁸³

Право конкуренције ЕУ се стално развија и усавршава, показујући особености у односу на друге правне системе заштите конкуренције. Те особености проистичу из узајамности и повратног дејства правног оквира и политике заједничког тржишта, с једне стране, и конкуренције на унутрашњем тржишту, с друге стране. Многи аутори, заправо, истичу да је право конкуренције једно од основних обележја Европске уније, која је издвајају од осталих регионалних трговинских споразума, али и од ГАТТ-WТО система заједничког правног оквира међународне трговине.⁸⁴ Почетак развоја европског права заштите конкуренције означен је ступањем на снагу Римског уговора, 1. јануара 1958. године. Истовремено је ступио на снагу и нови немачки Закон о заштити конкуренције (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), који је производ послератног утицаја америчких окупационих снага у процесу демилитаризације и демократизације Немачке. Упоредни развој немачког и европског права указује на међусобно прожимање и посредни утицај америчке правне доктрине и праксе на европско право конкуренције.⁸⁵ Ипак, културне, историјске и правно-системске специфичности европских држава, као и подређеност заједничке политике конкуренције циљевима остваривања јединственог (интегралног) тржишта – створили су услове за постепену изградњу истински посебног европског права заштите конкуренције.⁸⁶ Идеолошки корени тог права засновани су на ордолибералној идеји о правној заштити економских слобода и конкуренције, као инструмената за остваривање просперитета, али и политичких слобода.⁸⁷ Иако је све израженији став о потреби

⁸² Title VII – „COMMON RULES ON COMPETITION, TAXATION AND APPROXIMATION OF LAWS“, Arts. 101-106.

⁸³ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law – Text, Cases, and Materials*“, Oxford University Press, 2004, pp. 81.

⁸⁴ Kevin C. Kennedy, *Competition Law and the World Trade Organisation: The Limits of Multilateralism*, London, Sweet & Maxwell, 2001, pp. 67.

⁸⁵ *Ibid*, ad 83, pp. 30.

⁸⁶ Brendan J. Sweeney, *The Internationalisation of Competition Rules*, Routledge, 2010, pp. 182.

⁸⁷ D. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus* (Clarendon Press, 1998), pp. 6-8 – наведено према: *Ibid*, ad 83, pp. 31.

усаглашавања америчког и европског права конкуренције, значајне разлике између ова два правна система и даље опстају.⁸⁸

Правила конкуренције у Споразуму о оснивању ЕЕЗ су пратила и подржавала процес прогресивног укидања државних мера ограничења трговине. Према првом Извештају о политици конкуренције (енг. *Report on Competition Policy*), који европска Комисија подноси једном годишње од 1971. године, циљ заједничке политике примене правила о заштити конкуренције јесте да спречи да државна ограничења и препреке – које су укинуте – буду замењене сличним мерама приватних субјеката.⁸⁹ У том смислу, једна од првих одлука Европског суда у примени правила о заштити конкуренције односила се на споразуме о забрани извоза у оквиру заједничког тржишта. Суд је у одлуци из 1964. године установио принцип да овакви споразуми ограничавају конкуренцију на унутрашњем тржишту, јер омогућавају поделу тржишта и значајне разлике у цени истог производа на различитим националним тржиштима у оквиру ЕЗ (у конкретном случају, у Француској и Немачкој).⁹⁰

Основни циљеви права конкуренције и политике интеграције европског тржишта су добробит потрошача и економски развој, али и други циљеви секундарног значаја, попут политичких и социјалних. Ови секундарни циљеви доприносе остваривању циљева европских споразума, али и очувању и развоју демократског плурализма, који је антитеза снажној концентрацији економске моћи.⁹¹ Поред тога, политика конкуренције служи и јачању конкурентности економије Европске уније на међународном тржишту, што је један од стратешких циљева у оквиру Стратегије „Европа 2020“ (енг. „*The Europe 2020 Strategy for smart, inclusive and sustainable growth*“).⁹²

Поред основних правила о заштити конкуренције (забрана рестриктивних споразума, забрана злоупотребе монопола и забрана концентрација које доводе до

⁸⁸ Упоредни преглед америчког и европског права конкуренције дат је у чланку: Douglas H. Ginsburg, „Comparing Antitrust Enforcement in the United States and Europe“, *Journal of Competition Law and Economics* 1(3), 427-439, Oxford University Press, 2005.

⁸⁹ Report on Competition Policy 1971, p. 13 – наведено према: European Commission, „Report on Competition Policy 2010“, Brussels, 10.6.2011, COM(2011) 328 final, pp. 4.

⁹⁰ Cases C-56/64 and C-58/64 *Grundig-Consten* (1966) ECR 299.

⁹¹ Karel Van Miert, ‘Frontier-Free Europe’, 5 May 1993 cited in Per Jebsen & Robert Stevens, ‘Assumptions, Goals, and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition Under Article 86 of the European Union’ (1996) 64 *Antitrust Law Journal* 443, 450; Mario Monti, ‘European Competition Policy for the 21st Century’ in Barry Hawk (ed.), *International Antitrust Law & Policy* (2001) 257 – наведено према: *Ibid*, ad 86, pp. 182-3.

⁹² European Commission, „Report on Competition Policy 2010“, Brussels, 10.6.2011, COM(2011) 328 final, pp. 10.

значајног ограничавања конкуренције на заједничком тржишту), један од инструмената обезбеђења једнаких услова привређивања на јединственом тржишту ЕУ представља и институт државне помоћи (енг. *state aid*). Уређен је одредбама чланова 107-109 СФЕУ и секундарних правних аката.⁹³ Значајна правна тековина примене одредаба о државној помоћи остварена је одлуком Европског суда правде из 1973. године, у случају *Комисија против Немачке*. Овом одлуком је потврђено да Комисија може тражити од држава чланица да наложе фирмама враћање противправно стечене државне помоћи (субвенције) која није у сагласности са одредбама Споразума.⁹⁴

У циљу отклањања последица глобалне економске кризе из 2008. године, донет је привремени кризни оквир примене правила о државној помоћи (енг. *temporary crisis framework*). Ово привремено упутство за примену правила о државној помоћи односи се, нарочито, на финансијски сектор услуга (мере државне подршке финансијским институцијама у форми државних гаранција, докапитализације, или опроста дугова),⁹⁵ али и на реални сектор економије. Једна од значајних мера подршке реалном сектору економије јесте обезбеђење приступа финансијском капиталу под повољним условима (по ниским каматним стопама).⁹⁶ Ове мере, међутим, доводе до поремећаја једнаких услова конкуренције на међународном тржишту – тако што „поплавни талас јефтиног новца“ вештачки поскупљује валуте земаља у развоју, и тако доводи до неконкурентног повећања цене њихових извозних производа. Према изјави неких светских званичника, стимулација домаће економије нискокаматним зајмовима равна је протекционизму у међународној трговини.⁹⁷

⁹³ *Ibid*, ad 76, Section 2 „AIDS GRANTED BY STATES“, Arts. 107-109. Више о томе: „*Правно регулисање државне помоћи у праву конкуренције Европске уније*“, докторска дисертација, Синиша Домазет, Ниш, 2012, инв. 27283 (сиг: III 1601).

⁹⁴ Case C-70/72 *Commission v Germany* (1973) ECR 813 – наведено према: *Ibid*, ad 92, pp. 7.

⁹⁵ Communication on the application of State aid rules to measures taken in relation to financial institutions in the context of the current global financial crisis (OJ C 270, 25.10.2008, p. 8); Communication on the recapitalisation of financial institutions in the current financial crisis: limitation of aid to the minimum necessary and safeguards against undue distortions of competition (OJ C 10, 15.1.2009, p. 2); Communication on the treatment of impaired assets in the Community banking sector (OJ C 72 of 26.3.2009, p. 1); Communication on the return to viability and the assessment of restructuring measures in the financial sector in the current crisis under the State aid rule (OJ C 195, 19.8.2009, p. 9) – наведено према: *Ibid*, ad 92, pp. 11-14.

⁹⁶ Temporary framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis (consolidated version) (OJ C 83, 7.4.2009, p. 1).

⁹⁷ Dilma Rousseff, Председник Бразила – наведено према: ICTSD – International Centre for Trade and Sustainable Development: „Brazil Sounds New Warning of Currency War“, *Bridges Weekly Trade News Digest*, Volume 16, Number 9, 7th March 2012.

2.1. Хоризонтални споразуми и усаглашене праксе

а. Појмовни оквир

Основне одредбе о конкуренцији из конститутивног акта остале су, практично, неизмењене до данашњег дана. Законодавне измене, које су омогућавале прилагођавање променама у међународним трговинским односима и стратешким циљевима за унапређење међународне конкурентности Европске уније, настајале су на нивоу секундарног законодавства. У значајном броју случајева, претходила им је креативна пракса Европског суда правде (у жалбеном поступку против одлука европске Комисије поводом испитиваних повреда конкуренције), као и Суда прве инстанце (основаног 1989. године).

Одредбом члана 101 СФЕУ (раније члан 81 СЕЕЗ) предвиђена је забрана споразума између привредних субјеката или одлука њихових удружења, као и забрана усаглашене праксе у пословању тих субјеката – који имају за циљ или последицу спречавање, ограничење или нарушавање конкуренције на заједничком тржишту, а нарочито оних који:

а) непосредно или посредно одређују цену продаје или куповине, или друге услове трговине;

б) ограничавају или контролишу производњу, тржишта, технички развој, или инвестиције;

в) деле тржишта или изворе набавке;

г) примењују различите услове на исте послове са другим уговорним странама, стављајући их у неповољнији положај на тржишту;

д) условљавају закључење уговора прихватањем додатних обавеза које, по својој природи или трговачким обичајима, нису у вези са предметом уговора.⁹⁸

Сваки споразум или одлука донета противно наведеним забранама, сматра се аутоматски ништавом, у смислу одредбе другог става члана 101 СФЕУ.⁹⁹

Постоји могућност појединачног изузимања споразума или одлуке од наведених забрана, уколико испуњавају услове предвиђене одредбама трећег става истог члана, и то: ако доприносе унапређењу производње или дистрибуције, промоцији техничког или

⁹⁸ Article 101(1) TFEU.

⁹⁹ Article 101(2) TFEU.

економског развоја, уз истовремено остваривање правичног удела потрошача у оствареним користима, и под условом да:

- а) не намећу ограничења која нису неопходна ради остваривања наведених циљева;
- б) не пружају могућност истискивања конкуренције са значајног дела тржишта производа у питању.¹⁰⁰

Споразуми или усаглашене праксе, као и одлуке удружења привредних субјеката, могу се односити на привредне субјекте на истом (хоризонталном) нивоу производног ланца (хоризонтални споразуми), или на привредне субјекте на различитим нивоима производног ланца (вертикални споразуми). Вертикални споразуми су, на пример, споразуми између произвођача и дистрибутера. Подела није увек јасна, јер се међу учесницима у споразуму на различитом нивоу пословања могу наћи и они који представљају *потенцијалне конкуренте* својим пословним партнерима. Својство потенцијалног конкурента може се утврдити на основу пословних капацитета субјекта у питању, структуре тржишта, отворености тржишта за нове конкуренте, висине почетних улагања, могућности брзог повлачења са тржишта (без великих трошкова), итд.

Споразуми између конкурената (хоризонтални споразуми), који садрже забрањена ограничења из члана 101 став 1 СФЕУ, називају се *картелима*. Усаглашено пословање два или више конкурената на тржишту (усаглашено деловање) представља *олигопол*. Заправо, и један и други облик изричите, односно, прећутне сарадње између привредних субјеката на релевантном тржишту представљају инструмент помоћу кога се на тржишту вештачки креирају услови пословања налик *монополу*. Споразуми о цени, ограничавању производње, подели тржишта или извора набавки – омогућавају привредним субјектима да цену производа одреде на нивоу изнад нивоа конкурентске цене (граничне цене коштања производа). То доводи до захватања тзв. потрошачког вишка и његовог преливања у монополски профит произвођача, који није резултат ефикасније производње или унапређеног квалитета производа.

¹⁰⁰ Article 101(3) TFEU.

б. Процесни оквир

Као што се из напред наведених одредби члана 101 СФЕУ може видети, европско право заштите конкуренције, усмерено је ка испитивању ефеката, односно последица забрањених споразума (енг. *'effect-based' law*). Постоји, с тим у вези, могућност индивидуалног изузимања споразума, одлуке удружења или усаглашене пословне праксе од забране, под условима из члана 101(3) СФЕУ. Према ранијој Регулативи бр. 17 из 1962. године о примени члана 85 и 86 (касније 81 и 82) Споразума,¹⁰¹ постојао је систем обавезне претходне нотификације, односно обавештавања европске Комисије о намери закључења споразума који садржи рестриктивне клаузуле, набројане у члану 85(1) Споразума о европској економској заједници (СЕЕЗ). Одлука Комисије о изузимању споразума од забране је имала конститутивно дејство, али се убрзо показало да је такав систем претходног одобравања нефлексибилан и непрактичан, јер је доводио до загушења великим бројем предлога за појединачно одобрење, о којима је требало донети формалну одлуку.¹⁰²

То су били разлози због којих је било неопходно извршити модернизацију, односно реформу процесног механизма примене правила о заштити конкуренције на нивоу ЕУ. Извршена је децентрализација процеса испитивања постојања и последица забрањених рестриктивних споразума, одлука удружења и усаглашених пословних аката. Наиме, велики део надлежности Комисије преузели су домаћи (национални) органи заштите конкуренције и судови, што је Комисију растеретило и дало могућност да своје ресурсе ефикасно усмери на испитивање сложених и нарочито штетних картела. Такође, укинут је систем претходне нотификације и одобрења, чиме је *ex ante* контрола споразума замењена *ex post* контролом, а претходна оцена законитости препуштена самим учесницима у споразуму (систем самоиспитивања – енг. *'self-assessment'*). Овај нови процесни оквир примене члана 81 и 82 СЕЕЗ (СЕУ) почео је да се примењује 1. маја 2004. године, на основу одредбе члана 45 нове Регулативе Савета о примени правила конкуренције у члану 81 и 82 Споразума, донете 16.12.2002. године.¹⁰³ Тиме је одредба члана 81(3) СЕЕЗ постала директно применљива, иако је усвајању

¹⁰¹ Council Regulation No 17 of 6 February 1962, OJ L 13, 21.2.1962, p. 204/62, amended by Regulation (EC) No 1216/1999 (OJ L 148, 15.6.1999, p. 5).

¹⁰² *Ibid.*, ad 83, pp. 1044.

¹⁰³ 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, 4.1.2003, p. 1.

Регулативе претходила дебата о њеној подобности за директну примену пред судовима држава чланица.¹⁰⁴ Смернице судовима за поступање у њеној примени одређене су актом Комисије – Упутством о примени члана 81(3) Споразума,¹⁰⁵ док је институционални систем уједначавања административне и судске праксе примене правила о конкуренцији обезбеђен организовањем Европске мреже за конкуренцију, коју чине европска Комисија и национални органи за заштиту конкуренције.¹⁰⁶

Однос између одредаба члана 81 и 82 СЕЕЗ (сада члана 101 и 102 СФЕУ) и националног (домаћег) права заштите конкуренције уређен је у члану 3 Регулативе 1/2003. Имајући у виду децентрализацију испитивања рестриктивних споразума, одлука удружења и усаглашеног пословања, којима се остварују негативни ефекти на значајном делу тржишта између држава чланица ЕУ – одређено је да ће национални органи заштите конкуренције и судови, поред домаћег права конкуренције, примењивати и одредбе члана 81 (101) Споразума. Исто правило односи се и на право примене у случају испитивања злоупотребе доминантног положаја, када ће државе чланице, уз домаће право, примењивати и одредбу члана 82 (102) Споразума.

Према одредби члана 3 став 2 Регулативе 1/2003, државе чланице су слободне да пропишу и примене строжија правила о заштити конкуренције у односу на једностране акте привредних субјеката (злоупотреба доминације), али не и у односу на споразуме, одлуке удружења и усаглашено пословање два или више привредних субјеката (у смислу члана 101 СФЕУ). Управо је ово ограничење било повод за увођење значајних измена закона о заштити конкуренције у већем броју држава чланица.

Концентрације привредних субјеката (статусне промене спајања и припајања), с друге стране, имају потенцијално велики политички, национални и стратешки значај за државе чланице, због чега на примену правила надзора и контроле у овој области не важе правила из члана 3 став 1 и 2 Регулативе 1/2003. Поред тога, одредбом члана 3 став 3 Регулативе одређено је да претходни ставови нису од утицаја на примену оних одредби домаћег права чији циљ није истоветан циљевима чијем остварењу теже одредбе члана 81 и 82 СЕЕЗ.

¹⁰⁴ *Ibid.*, ad 83, pp. 1047-8.

¹⁰⁵ Commission Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004) OJ C101/97.

¹⁰⁶ European Competition Network (ECN).

в. Картели

Картели представљају најштетнији облик повреде конкуренције.¹⁰⁷ Нарочито су штетни међународни картели, односно картели чији чланови имају седиште и пословне активности на територији две или више држава. Споразум о функционисању Европске уније не садржи овај појам. Његова садржина одређена је одредбама члана I.A.2 OECD Препоруке о ефикасној заштити од картела из 1998. године.¹⁰⁸ Притом, овај акт користи појам (енг) „*hard core cartel*“ за означавање картела који су *очигледно* штетни, што их чини ништавим по сили закона. Тачније, није потребно спроводити економску анализу тржишта и ефеката картела (споразума) у питању, да би се утврдила њихова ништавост. Према датој дефиницији, картел представља споразум, усаглашено пословање или заједничку одлуку конкурената, којима се одређују цене, усаглашено иступа на јавним тендерима (енг. *rigged bids, collusive tenders*), ограничава производња или одређују квоте, деле тржишта расподелом клијената, набавки, територија, или привредних сектора (грana). Овако, *позитивно* одређен појам картела додатно је *негативно* опредељен предвиђањем изузетака, и то: картела неопходних за смањење трошкова и унапређење производње; картела непосредно или посредно изузетих по законима држава чланица; или, картела одобрених у сагласности са тим законима. У том смислу, може се закључити да наведено негативно одређење појма картела из члана I.A.2 OECD Препоруке, у принципу, одговара одредби члана 101(3) СФЕУ о условима за изузимање од ништавости картелских споразума.

Значајан инструмент који европској Комисији и националним органима за заштиту конкуренције олакшава откривање картела, представља тзв. програм блажег третмана (енг. „*leniency programme*“). Овај програм представља скуп одредаба које уређују услове и поступак добровољне сарадње чланова картела, односно њихових заступника (чланова управних одбора, извршних директора и других) са органима заштите конкуренције, у циљу правовременог откривања података о постојању, структури и начину деловања картела. Откривање картела на овај начин омогућено је

¹⁰⁷ Organisation for Economic Co-operation and Development, „Recommendation of the (OECD) Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels“, C(98)35/FINAL, *cit. (recital)* – „*Considering that hard core cartels are the most egregious violations of competition law and that they injure consumers in many countries by raising prices and restricting supply, thus making goods and services completely unavailable to some purchasers and unnecessarily expensive for others; . . .*“

¹⁰⁸ *Ibid.*

правним гаранцијама ослобођења од казне, или њеног значајног умањења, за оног члана који *први* пружи потребне податке пред органом заштите конкуренције. Поред тога, овако добијени подаци сматрају се поверљивим подацима и не могу бити предмет размене у поступку пружања међународне правне помоћи. Заштита добијених података и лица, која су их у поступку сарадње ставила на увид надлежним органима, смањује опасност да ова лица накнадно буду кажњена у другој држави деловања картела (која не познаје институт блажег третмана у свом закону о заштити конкуренције). Ипак, таква врста правне неусаглашености не искључује у потпуности могућност да сарадник буде оглашен одговорним у другој држави, што доводи до правне несигурности, а тиме и до неоптималног искоришћења могућности које ова врста програма нуди. Управо из тих разлога, препозната је на међународном плану потреба усаглашавања закона о заштити конкуренције у том делу, као посебно значајна у поступку превенције и откривања међународних картела.¹⁰⁹

Европска унија је први пут увела програм блажег третмана 1996. године.¹¹⁰ У 2002. години одредбе правног акта којим је овај програм предвиђен значајно су промењене, и то по узору на амерички. Позитивни правни оквир програма блажег третмана објављен је 2006. године.¹¹¹ Европски програм омогућује потпуни имунитет (ослобођење од казне) за првог сарадника, али и ублажавање казне сарадницима који се накнадно укључе у поступак испитивања картела пред надлежним органом.¹¹²

Поред тога, од 1. јула 2008. године у примени је сет правних аката о поравнању у поступку испитивања картела, који Комисији пружа могућност да тај поступак оконча по убрзаној и поједностављеној процедури.¹¹³ Наиме, компанијама је омогућено да, након што изврше увид у доказни материјал којим располаже Комисија, признају своје учешће у картелу, и тако остваре право на умањење новчане казне за 10%.

Посебан облик картела представљају извозни картели (енг. „*export cartels*“). Реч је о картелима који нису изричито предвиђени као могући изузетак од примене члана

¹⁰⁹ Brendan Sweeny, *The Internationalisation of Competition Rules*, Routledge, 2010, pp. 100-1.

¹¹⁰ *Ibid*, pp. 101 – EC, *Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases* (1996) OJ C 207/4.

¹¹¹ *Ibid*, pp. 101 – EC, *Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases* (2006) OJ C 298/17.

¹¹² *Ibid*, pp. 101.

¹¹³ 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, 1.7.2008, p. 3); 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, 2.7.2008, p. 1).

101(1) СФЕУ. Ништавост картелских споразума, чији се циљ и последице деловања искључиво или претежно остварују на тржишту *увоза* производа чланова картела – не доводи се у питање када је реч о извозу из једне у другу државу чланицу ЕУ. То јасно произилази из одредаба Споразума којима су уређени циљеви и основни принципи деловања заједничког тржишта. С друге стране, нема изричите забране ове врсте споразума, ако је њихово деловање усмерено на тржишта *изван* Европске уније. То је у складу и са стањем позитивног антимонополског законодавства у многим државама изван ЕУ, а нарочито у Сједињеним Америчким Државама. Иако се овај вид толеранције извозних картела често сматра обликом протекционизма домаће привреде, односно заштите домаћих извозника, он у одређеним случајевима налази своје економско оправдање – нарочито када је реч о извозним картелима појединачно слабих малих и средњих предузећа и, посебно, онда када она потичу из неразвијених земаља и земаља у развоју.

Појединачно, државе чланице ЕУ могу предвидети изузетак од забране извозних картела чији се ефекти не остварују на тржишту Уније.¹¹⁴ Ипак, овакви изузеци данас су знатно ређи него раније, имајући у виду да су многе државе чланице у поступку прилагођавања својих закона са правом ЕУ укинуле одредбе које су их предвиђале. То је, на пример, учинила Велика Британија, приликом усвајања Закона о конкуренцији из 1998. године.¹¹⁵ Немачка је исто учинила приликом измена свог Закона против ограничења конкуренције 1999. године, иако је задржала могућност изузимања извозних картела у одређеним, посебним случајевима.¹¹⁶ Насупрот њима, Француска је задржала одредбе о изузимању од забране извозних картела.¹¹⁷

Поред напред наведеног програма блажег третмана, значајан инструмент превенције и откривања картела, односно, споразума из члана 101(1) СФЕУ представља *тужба* судовима држава чланица ЕУ за *накнаду штете*. Ради се о новом институту европског права заштите конкуренције, који нема одговарајући и уједначени правни оквир у земљама чланицама ЕУ, као ни изграђену судску праксу – за разлику од

¹¹⁴ *Ibid.*, ad 109, pp. 67.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

института приватне грађанске парнице у споровима поводом повреде конкуренције у правном систему Сједињених Америчких Држава.¹¹⁸

Оквир и циљеви европске стратегије увођења и примене института накнаде штете причињене повредом европских антикартелских правила, изнети су у Белој књизи о тужбама за накнаду штете због повреде европских правила заштите конкуренције, из 2008. године.¹¹⁹ Томе је претходио јасно изражен став Европског суда правде о праву сваког појединца да тражи накнаду штете која му је причињена, ако постоји узрочна веза између штете и споразума или праксе забрањене одредбама члана 81 СЕЕЗ.¹²⁰

2.2. Вертикални споразуми

Картели, о којима је напред било речи, представљају *хоризонталне* споразуме из члана 101(1) СФЕУ, односно, споразуме између субјеката који послују на истом (хоризонталном) нивоу производног или дистрибутивног ланца.

Посебан значај у праву конкуренције имају *вертикални* споразуми, као споразуми између произвођача и дистрибутера.¹²¹ Они имају *различит* третман у односу на картеле, иако члан 101 СФЕУ принципијелно обухвата обе врсте споразума.

¹¹⁸ Постоје процене да је у САД око 10% поступака за заштиту конкуренције покренутих од стране државе, а 90% поступака приватним тужбама оштећених лица (међу којима значајан број тужби државних органа који траже накнаду штете у оквиру посебног уставног овлашћења за иступање у својству *parens patriae* – заступника грађана). Дакле, однос између јавних и приватних поступака је 1:9 (на један поступак по службеној дужности долази девет приватних парница за утврђење повреде конкуренције и накнаду штете). С друге стране, тај однос је обрнут у Европској унији, уз значајно веће учешће поступака покренутих по службеној дужности, и то у сразмери 21:1 (на двадесетједан поступак покренут пред надлежним органима по службеној дужности, долази само један приватни поступак за накнаду штете због повреде конкуренције) – извор: D. Woods, 'Private Enforcement of Antitrust Rules – Modernization of the EU Rules and the Road Ahead' (2004) 16 *Loyola Consumer Law Review* 431, 435, - наведено према: Brendan Sweeny, *The Internationalisation of Competition Rules*, Routledge, 2010, f.n. 188 (pp. 113), f.n. 252 (pp. 124).

¹¹⁹ European Commission, *White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules* (COM(2008) 165 final).

¹²⁰ Case C-453/99 *Courage vs Crehan* (2001) ECR I-6297; Joined Cases C-295/04 to C-298/04 *Manfredi* (2006) ECR I-6619 – наведено према: Commission of the European Communities, „Report from the Commission – Report on Competition Policy 2008“, Brussels, 23.7.2009, COM(2009) 374 final, pp. 5.

¹²¹ Овде, међутим, треба указати и на то да у вертикалне споразуме може спадати и споразум између два произвођача – произвођача компоненте, одн. саставног (интегралног) дела производа, и произвођача финалног производа – наведено према: Alison Jones and Brenda Sufirin, *EC Competition Law – Text, Cases, and Materials*, pp. 596 (f.n. 1).

а. Дистрибуција – врсте вертикалних споразума

Постоји неколико начина дистрибуције производа: вертикална интеграција, заступништво (агентура), и дистрибуција преко независних дистрибутера. Одлука о избору начина пласмана (продаје) производа зависи од произвођача (добављача) и његове процене о томе којим од њих се постиже највећа уштеда у трошковима дистрибуције, као и највећа ефикасност у дистрибуцији. На ову процену утичу различити чиниоци, међу којима: врста и природа производа или услуге; природа тржишта; обим и извори набавке, као и било који порески или правни утицаји.¹²² Уз све то, на одлуку могу утицати и правила о конкуренцији, имајући у виду да она могу бити строжија према једним облицима дистрибуције у односу на друге.¹²³

Вертикална интеграција се остварује када произвођач прошири своју делатност и на дистрибуцију производа, или када преузме (припоји) фирму која већ послује на том нивоу и има разгранату мрежу дистрибуције и тржишно искуство.

Дистрибуција преко заступника (агента) се остварује као уговорни однос између произвођача и агента, при чему право заступништво не подразумева било какав ризик пласмана од стране заступника. У том случају, једина овлашћења агента су да у име произвођача, или у своје име, а за рачун произвођача, прода или купи производ или услугу на тржишту. Ако је такав заступник регистрован за обављање делатности посредовања у продаји/куповини производа у виду сталног занимања, онда он има статус тзв. „трговачког заступника“ – који му, према одредбама посебне регулативе, даје одређену правну заштиту.¹²⁴

Најзад, трећи облик дистрибуције подразумева тржишни пласман производа преко независних, односно самосталних дистрибутера. Независност дистрибутера на нивоу великопродаје и малопродаје у свом традиционалном облику постаје све више ствар прошлости. Значајне промене у области информационе технологије омогућиле су већу повезаност између дистрибутера и добављача, с једне стране, односно, између дистрибутера и купаца, с друге стране. Ови, квалитативно нови облици сарадње

¹²² Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law – Text, Cases, and Materials*, pp. 597.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Council Directive 86/653 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents (1986) OJ L382/17, наведено према: *Ibid.*, pp. 597-8 (f.n. 7).

пружају ефикасније реаговање сваког од наведених учесника на тржишне промене, односно, на промене у структури и обиму тражње.¹²⁵

Пласман производа преко независних дистрибутера претпоставља постојање споразума о дистрибуцији (енг. *distribution agreement*). Често, ови споразуми садрже тзв. вертикалне клаузуле ограничења (енг. „*vertical restraints*“), чији је циљ организовање тржишно прихватљиве (исплативе) мреже дистрибуције са аспекта произвођача (добављача). То су, на пример, следећа ограничења: територијална (ограничење права на препродају производа) – енг. „*restricted right to resell; territorial restriction*“; клаузула забране дистрибуције конкурентних производа – енг. „*non-compete obligations*“ (забрана производње, куповине, маркетинга и/или продаје конкурентних производа или услуга); обавеза куповине одређене количине производа – енг. „*quantity forcing*“; обавеза куповине одређене марке производа од стране дистрибутера *искључиво* од добављача – енг. „*exclusive purchasing agreement*“; одређивање минималне цене по којој се производи могу препродати – енг. „*resale price maintenance*“; одобравање дистрибутеру *искључиве територије* на којој само он може продавати производ, односно пружати услугу – енг. „*exclusive distribution*“; ограничавање типа или броја продајних објеката у којима се могу продавати производи добављача – енг. „*selective distribution*“; наметање дистрибутерима обавезе пружања додатних услуга уз производ или активне промоције производа; клаузула неконкурентности (забране обављања конкурентне делатности у одређеном периоду након престанка уговора о дистрибуцији), посебно значајна код франшизинга – енг. „*franchising agreement*“.¹²⁶

б. Статус различитих облика дистрибуције у праву конкуренције

Поставља се питање какав је однос права конкуренције према сваком од напред наведених облика дистрибуције. Вертикална интеграција није предмет испитивања по одредбама члана 101 СФЕУ. Овај вид тржишне интеграције може бити од значаја за примену члана 102 СФЕУ о злоупотреби доминантног положаја, ако је реч о вертикалној интеграцији субјекта који има тржишну моћ (доминацију).

¹²⁵ Ради се о следећим облицима коришћења информатичке технологије у систему дистрибуције и прилагођавања обима и структуре понуде (производње) потребама потрошача: „*Just-in-time*“ (*JIT*); „*Quick response logistics*“ (*QR*); „*Efficient consumer response*“ (*ECR*) – наведено према: *Ibid*, pp. 599.

¹²⁶ *Ibid*, ad 122, pp. 600.

Ни заступање (уговор о трговачком заступању) није предмет испитивања по члану 101 СФЕУ, мада код овог облика дистрибуције то може бити случај у односу на тзв. *неправо* заступање/заступништво (енг. „*non-genuine agency*“). Код неправог заступања, заступник преузима значајан ризик и трошкове пласмана производа, као што су: трошкови у вези са куповином или продајом производа/услуге (нпр. транспортни трошкови); трошкови промоције производа; одржавање залиха производа о свом трошку или на свој ризик; организовање и/или обављање о свом трошку услуга корисничке подршке, поправке или гаранције; преузимање одговорности за недостатке производа; преузимање одговорности за неизвршење уговора.¹²⁷

Одредбе члана 101 СФЕУ применљиве су на споразуме о дистрибуцији, дакле, код облика тржишног пласмана производа од стране независних дистрибутера. Уколико ови споразуми садрже одредбе о цени или друга груба ограничења пословне аутономије стране која има слабију тржишну позицију – сматрају се ништавим према одредби члана 101(1) СФЕУ. Ако такве врсте ограничења нема у споразуму, испитују се економски ефекти рестриктивних клаузула које садрже. Начин сагледавања вертикалних рестриктивних клаузула мењао се током времена, и то не само у Европској унији, већ и у Сједињеним Америчким Државама, одакле је повратно утицао на европски континент. Најпре у економској теорији, а затим све више и у судској пракси, препознавани су позитивни ефекти споразума о дистрибуцији са рестриктивним клаузулама.¹²⁸ Указано је на врсте ових клаузула, као и на њихов потенцијал за унапређење дистрибутивне мреже и смањење трошкова тржишног пласмана производа.

в. Клаузуле о територијалним ограничењима

Клаузуле о територијалним ограничењима, односно, тзв. клаузуле о искључивом праву дистрибуције на одређеној територији, имају и позитивне и негативне ефекте на релевантном тржишту. С једне стране, оне спречавају конкуренцију у дистрибуцији *производа одређеног произвођача - брэнда* (енг. *intra-brand competition*) и тиме пружају већу тржишну сигурност дистрибутеру који, у таквој ситуацији, спремније инвестира у

¹²⁷ *Ibid*, pp. 603.

¹²⁸ W. S. Comanor, 'Vertical Price-fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy' (1985) 98 *Harvard LR* 983; V. Korah and D. O'Sullivan, *Distribution Agreements under the EC Competition Rules*, Hart Publishing, 2002; R. H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books, 1993 – извори наведени према: *Ibid*, ad 122, pp. 605, 608, 612.

додатне услуге (промоцију производа, подршку корисницима након куповине, гаранцију за исправност производа, сервисирање). На тај начин спречава се нелојална конкуренција између дистрибутера у облику искоришћавања позитивних ефеката туђег улагања (енг. „*free-rider problem*“), уз истовремено преузимање значајног дела клијената и потрошача на том тржишту (захваљујући нижој цени за исти бренд производа). Истовремено, имајући у виду да дистрибутер са искључивим правом продаје производа на одређеном тржишту улаже у унапређење како саме дистрибуције, тако и пратећих (акцесорних) услуга, може се закључити да овај облик вертикалних ограничења доприноси активној (динамичној) конкуренцији између дистрибутера *заменљивих производа исте врсте али различитих произвођача* (конкуренција између брендова – енг. „*inter-brand competition*“).

С друге стране, економско искуство и анализа показују да апсолутна територијална заштита дистрибутера не доводи нужно до побољшања услуге у дистрибуцији и до повећаног инвестирања у промоцију производа и пратеће услуге. Тачније, заштићени дистрибутер може одлучити да смањи трошкове ових инвестиција (или да их чак потпуно искључи), а да ипак, и поред смањених трошкова, одржава вишу цену производа од нормалне. Такви ефекти територијалних ограничења у споразумима о дистрибуцији производа препознати су чак и на унутрашњем тржишту Сједињених Америчких Држава. Команор (Comanor) је приметио да клаузуле о одржавању продајних цена производа (енг. „*resale price maintenance*“) искључују конкуренцију између дистрибутера засновану на нижим ценама производа, али не и могућност конкуренције по другим основима (енг. „*non-price competition*“) – док ексклузивна територијална заштита искључује *све облике* конкуренције између дистрибутера истог бренда.¹²⁹

г. Судска пракса о ефектима вертикалних споразума на конкуренцију

Амерички судови су дуго поистовећивали рестриктивне вертикалне споразуме са хоризонталним споразумима.¹³⁰ Прекретницу у том ставу представља одлука Врховног суда у случају *Continental T.V. Inc. v GTE Sylvania* из 1977. године, којом је

¹²⁹ Наведено према: *Ibid*, ad 122, pp. 629.

¹³⁰ Случај *U.S. v Arnold, Schwinn & Co.*, 388 US 365 (1967) – Суд је одлучио да су територијална ограничења наметнута од стране уступеоца франшизе незаконита, односно ништава по сили закона.

прихваћен став економиста да примарни циљ права конкуренције представља добробит потрошача, а не добробит произвођача.¹³¹ Економисти су, наине, указали да знатно већи значај има конкуренција између брендова (тј. између заменљивих производа различитих произвођача), него конкуренција у оквиру бренда (између дистрибутера производа истог произвођача).¹³² Тиме су Сједињене Америчке Државе промениле праксу сагледавања последица вертикалних споразума са рестриктивним клаузулама (осим оних којима се одређује цена производа), применом претпоставке о њиховој *a priori* прихватљивости (енг. „*per se lawful approach*“).

С друге стране, Европска унија има знатно уздржанији став према вертикалним ограничењима. Наине, став је Европске комисије и судова да су *територијална* ограничења противна темељним циљевима интеграције тржишта Европске уније.¹³³ Посебно штетним се сматрају споразуми између произвођача (добављача) и продаваца (дистрибутера) који садрже клаузулу о забрани извоза производа. Ови споразуми спречавају препродају (енг. *arbitrage*) и паралелни увоз производа (енг. *parallel imports*), чији је ефекат *изједначавање* цене истог производа (бренда) у различитим државама чланицама. Тачније, последица забране извоза производа је територијална подела тржишта, односно, његово ограничавање (у односу на дистрибутера) на национално тржиште државе чланице ЕУ.

Прва значајна одлука Европског суда правде, којом је оваква врста споразума оглашена ништавом, донета је 1964. године у случају *Grundig-Consten*.¹³⁴ Радило се о споразуму између немачког произвођача *Grundig* производа (радија, касетофона, диктафона и телевизора) и француског дистрибутера *Consten*, којим је француском дистрибутеру дато право *искључиве* продаје *Grundig* производа у Француској. Свим дистрибутерима истог производа (бренда) био је забрањен извоз и паралелни увоз производа, односно, активна и пасивна продаја производа *изван* територије искључиве дистрибуције. Као носилац заштићене робне марке производа (жига) под називом *Grundig* у Француској, регистрован је овлашћени (искључиви) дистрибутер *Consten*. Ова територијална подела тржишта забраном извоза, допринела је значајним разликама

¹³¹ Brendan J. Sweeney, *The Internationalisation of Competition Rules*, Routledge, 2010, pp. 50.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Giorgio Monti, *EC Competition Law* (Cambridge University Press, 2007) 365; Vincent Verouden, 'Vertical Agreements and Article 81(1) EC: The Evolving Role of Economic Analysis' (2003) 71 *Antitrust Law Journal* 525 – наведено према: *Ibid.*, pp. 51.

¹³⁴ Cases C-56/64 and C-58/64 *Grundig-Consten* (1966) ECR 299.

у ценама истих производа у Немачкој и Француској.¹³⁵ Појавили су се, међутим, и поред ограничења, на тржишту Француске независни дистрибутери који су без овлашћења увезли *Grundig* производе и тиме преузели део тржишта над којим је, по споразуму са произвођачем, монопол имао *Consten*. *Consten* је сматрао да то представља облик нелојалне конкуренције, због чега је пред француским судовима тужио неовлашћене продавце. С друге стране, неовлашћени продавци покренули су поступак за испитивање повреде конкуренције пред Европском комисијом. Француски судови су прекинули поступке по тужбама *Consten-a* до завршетка поступка пред Комисијом. Комисија је донела одлуку да је споразумом *Grundig-Consten* извршена повреда члана 81(1) СЕЕЗ, као и да такав споразум није подобан за појединачно одобрење (изузимање од забране), у складу са чланом 81(3). Европски суд правде је, поступајући по жалби *Consten-a* против одлуке Комисије, исту потврдио и одбацио приговор француског дистрибутера да се одредбе члана 81(1) примењују само на хоризонталне, а не и на вертикалне споразуме.¹³⁶

д. Изузимање вертикалних споразума од забране

Услови за изузимање вертикалних споразума од забране према члану 81(3) Споразума били су, до 1. јануара 2000. године, уређени посебним регулативама: Регулатива 1983/83 о ексклузивној дистрибуцији; Регулатива 1984/83 о ексклузивној продаји (са посебним одредбама у вези са тржиштем пива и нафте); и Регулатива 4087/88 о франшизинг споразумима.¹³⁷ Оне су престале да важе ступањем на снагу нове Регулативе од 22. децембра 1999. године о примени члана 81(3) Споразума на вертикалне споразуме и усаглашене праксе, која је заједничка за сва три типа вертикалних споразума.¹³⁸

Поред ове, опште Регулативе за вертикалне споразуме, донет је и изван број посебних регулатива које се примењују на одређене категорије вертикалних споразума, односно у одређеним привредним секторима. Наведени правни акти (општи и посебни)

¹³⁵ European Commission, Report from the Commission, *Report on Competition Policy 2010*, Brussels, 10.6.2011, COM(2011) 328 final, pp. 4.

¹³⁶ *Ibid*, ad 122, pp. 128-130.

¹³⁷ *Ibid*, ad 122, pp. 654.

¹³⁸ *Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Art. 81(3) of the Treaty on categories of vertical agreements and concerted practices* (1999) OJ L 336/21; *Guidelines on vertical restraints* (1999) OJ C 291/1.

о изузимању вертикалних споразума од забране представљају тзв. регулативе о групним (блок) изузецима (енг. „*block exemptions*“). Ипак, ниједан од њих не односи се и на споразуме који садрже територијална ограничења. Примери посебних регулатива су: Регулатива 772/2004 о примени члана 81(3) Споразума на уговоре о трансферу технологије,¹³⁹ као и Регулатива 1400/2002 од 31. јула 2002. године о примени члана 81(3) Споразума на вертикалне споразуме и усаглашене праксе у сектору моторних возила.¹⁴⁰

Комисија је 20. априла 2010. године усвојила измене опште Регулative о групном изузимању вертикалних споразума и помоћне акте (упутства за примену).¹⁴¹ Основни принцип у анализи ефеката споразума ове врсте остао је непромењен, а тиме и став према територијалним ограничењима. Задржано је правило да компаније са ограниченим тржишним уделом имају слободу да одлучују како ће се вршити дистрибуција њихових производа, под условом да споразуми о дистрибуцији не садрже одредбе о одређивању цене и друге очигледно штетне (енг. „*hardcore*“) рестриктивне клаузуле.¹⁴² Уведено је ново правило, којим се води рачуна о *потенцијалном* тржишном уделу продаваца и купаца, тако што је прописан услов о заједничком уделу свих учесника у споразуму до 30% (као услов примене групног ослобођења). За све остале учеснике у вертикалним споразумима важе услови за изузимање по посебној регулативи (под условом да припадају одговарајућој категорији, односно сектору), или општи услови анализе позитивних и штетних ефеката споразума у смислу члана 81(3) СЕЕЗ, сада члана 101(3) СФЕУ.

Закључак је да између европског и америчког права конкуренције у погледу *вертикалних споразума о дистрибуцији* постоји упадљива линија раздвајања. Она се односи на став о значају и ефектима клаузула територијалног ограничења. ЕУ их забрањује, сматрајући их несагласним основним принципима интеграције европског тржишта, док се у САД сматрају дозвољеним (док се не докаже претежност штетних над корисним ефектима). Разлике се могу сагледати и на конкретним примерима из

¹³⁹ *Commission Regulation 772/2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements* (2004) OJ L 123/11; *Guidelines on the application of Art. 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements* (2004) OJ C 101/2.

¹⁴⁰ *Commission Regulation (EC) No 1400/2002 of 31 July 2002 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector* (2002) OJ L203/30.

¹⁴¹ *Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices* (OJ L 102, 23.4.2010, p. 1-7); *Commission notice – Guidelines on Vertical Restraints* (OJ C 130, 19.5.2010, p. 1-46).

¹⁴² *Ibid*, ad 135, pp. 14.

праксе надлежних органа за примену конкуренције и судске праксе. Један од њих је и случај *Volkswagen*, када је Европска комисија изнела став да наметнуто ограничење од стране немачког произвођача аутомобила италијанским дистрибутерима - да не смеју вршити продају *Volkswagen* возила купцима из иностранства – представља облик наметања строгих територијалних ограничења у дистрибуцији. Тешко је замислити да би се *Volkswagen-ова* ограничења сматрала незаконитим у Сједињеним Америчким Државама.¹⁴³

Ова разлика између два доминантна правна система потенцијално представља озбиљну препреку усвајању мултилатералног (наднационалног) правног акта о заштити конкуренције на међународном тржишту.¹⁴⁴

2.3. Злоупотреба доминантног положаја

Одредбом члана 102 СФЕУ (раније члан 82 ЕЗ) предвиђено је да ће бити забрањена свака злоупотреба доминантног положаја једног или више субјеката на унутрашњем тржишту или на његовом значајном делу, у мери у којој утиче на трговину између држава чланица. Сматраће се злоупотребом, нарочито, следећи акти и понашања:

- непосредно или посредно наметање неправичне куповне или продајне цене, или других непоштених услова трговине;
- ограничавање производње, тржишта или техничког развоја на штету потрошача;
- примена различитих услова на исте послове са различитим уговорним странама, чиме се неки од њих доводе у лошији положај у односу на конкуренцију;
- условљавање закључења уговора прихватањем додатних обавеза које, по својој природи или трговачком обичају, нису у вези са предметом тог уговора.

Члан 102 СФЕУ има директну примену, једнако као и члан 101 СФЕУ. То значи да оштећена лица могу покренути поступак пред домаћим судом и захтевати одређивање мере забране (уздржавања) или накнаду штете настале злоупотребом

¹⁴³ *Ibid.*, ad 131, pp. 53.

¹⁴⁴ *Ibid.*

доминације.¹⁴⁵ Поред тога, слабија уговорна страна по споразуму (уговору) са доминантним субјектом, може у судском поступку покренутом од стране доминантног субјекта за извршење уговора, поднети противтужбу ради утврђења да су одређене одредбе уговора ништаве или неизвршиве, у смислу члана 102 СФЕУ.¹⁴⁶

Такође, према Регулативи 1/2003 (члан 5) национални органи за заштиту конкуренције имају иста овлашћења у испитивању злоупотребе доминантног положаја као и европска Комисија. У том смислу, могу изрицати мере престанка (обуставе) понашања којим се остварује злоупотреба доминације (позитивне или негативне, тј. мере предузимања одређених радњи и/или мере уздржавања), а могу изрицати и мере новчаног кажњавања у висини до 10% оствареног промета у претходној пословној години. За разлику од европске Комисије, национални органи заштите конкуренције немају овлашћење да одређују структурне мере (мере реорганизације привредног субјекта).¹⁴⁷

Поред тога, треба нагласити да се одредба члана 102 СФЕУ једнако примењује и на јавна предузећа као и на предузећа у потпуном или већинском власништву државе. Једино ограничење примене правила о заштити конкуренције предвиђено је у члану 106 СФЕУ, и односи се на предузећа којима је поверено обављање делатности од општег интереса. Правила о заштити конкуренције примењују се на ове субјекте у обиму који не умањује њихову способност обављања послова који су им поверени.

а. Појам доминације

Пре него што се приступи утврђивању да ли постоји злоупотреба доминантног положаја, потребно је несумњиво одредити да ли је реч о доминацији једног или више субјеката. Привредни субјект може имати својство самосталног правног субјекта, који је потпуно независан и слободан да самостално одређује пословну политику и предузима пословне акте у циљу њеног остваривања. Ту је реч о правним лицима која не послују у оквиру сложених система, односно, у оквиру групе компанија. Савремени токови глобализације међународне трговине и, нарочито, глобалне фрагментације производног процеса, указују на све чешћу појаву пословања у оквиру сложене групе

¹⁴⁵ *Ibid.*, ad 122, pp. 257.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

корпорација. Чланови групе имају правни субјективитет (правну самосталност), иако им је често ускраћена економска самосталност и способност доношења одлука о управљању пословима и пословном стратегијом. Ови субјекти су део сложене економске целине (групе корпорација) која се, са аспекта примене права и, нарочито, права заштите конкуренције, прихвата као јединствени економски ентитет.¹⁴⁸ Поред тога, јасно из саме одредбе члана 102 СФЕУ произилази да предмет испитивања може бити и злоупотреба доминације два или више учесника на релевантном тржишту (олигопол).

Доминантни положај се у европском праву заштите конкуренције не везује само за монопол или олигопол, већ и за субјекте са тржишним уделом који омогућава одређени степен самосталности у доношењу пословних одлука у односу на конкуренте са мањим тржишним уделом („тржишна моћ“, енг. „*market power*“).¹⁴⁹ Овај концепт доминације није у сагласности са америчким концептом монопола, израженим још у одлуци Врховног суда из 1911. године, као моћ да се контролише цена производа или моћ да се конкуренција потисне са тржишта (случај *Standard Oil*).¹⁵⁰ Не само да је европски концепт доминације недовољно одређен у односу на амерички, већ потенцијално носи опасност логичке грешке у доношењу одлуке о постојању независности у односу на конкуренте, при чему се независност схвата као способност да се цена одреди изнад нивоа конкурентне цене. Конкурентна цена је практично неодредив и неприменљив концепт, једнако као и питање способности фирме да профитабилно повећа цену производа изнад цене коју већ наплаћује (енг. „*cellophane fallacy*“). Сваки привредни субјект, било доминантан или не, одређује цену производа до *максималног* нивоа који му омогућује да оствари профит, а то значи до оних граница иза којих профитабилност почињу да угрожавају постојећи или потенцијални конкуренти, као и еластичност тражње.

¹⁴⁸ Cit. „*Bodies within the same corporate group are treated as a single undertaking if those bodies form an economic unit within which the subsidiary has no real freedom to determine its course of action on the market, and if the agreements or practices are concerned merely with the internal allocation of tasks as between the undertakings.*“ – наведено према: *Ibid*, ad 122, pp. 259 (cit. Case 15/74, *Centrafarm BV and Adriaan De Peijper v. Sterling Drug Inc* (1974) ECR 1147).

¹⁴⁹ Cit. (Case 27/76, *United Brands Co and United Brands Continental BV v. Commission* (1978) ECR 207, (1978) 1 CMLR 429, para. 65): „*The dominant position referred to in this Article relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers.*“ – наведено према: *Ibid*, ad 122, pp. 262.

¹⁵⁰ *Standard Oil Co of New Jersey v. United States*, 221 US 1 (1911).

б. Појам злоупотребе (доминације)

Одређивање граница и значења појма *злоупотребе* доминантног положаја, представља следеће битно питање. У члану 102 СФЕУ набројани су неки важнији облици злоупотребе доминације на тржишту, али је пракса европске Комисије и Европског суда установила да злоупотреба постоји не само у случају *искоришћавања* позиције на штету других, већ и у случају *нарушавања* нормалног процеса конкуренције, или структуре тржишта. Наведени став опредељен је у одлукама Европског суда правде у случају *Continental Can* из 1973. године,¹⁵¹ као и у случају *Hoffmann-La-Roche* из 1979. године.¹⁵²

Тако одређен концепт *злоупотребе* значајно одступа од америчког, јер почива на ставу о посебној одговорности (енг. „*special responsibility*“) доминантног субјекта. Тачније, према европском концепту злоупотребе, доминантни субјект може злоупотребити положај предузимањем радњи које су сасвим прихватљиве за остале субјекте на тржишту (са аспекта права конкуренције), као и у одсуству било какве *намере* да се спречи конкуренција.

Наведени став критикован је у Сједињеним Америчким Државама, имајући у виду да је члану 82 Споразума (сада 102 СФЕУ) практично дао регулаторну улогу. Сукоб правних ставова и одлука америчких и европских органа заштите конкуренције дошао је до изражаја у истовремено вођеним поступцима против истих субјеката – тачније, у поступцима против Мајкрософта (Microsoft)¹⁵³ и против британске авио-компаније (British Airlines).

¹⁵¹ Case 6/72, *Europemballage Corp and Continental Can Co Inc v. Commission* (1973) ECR 215, (1973) CMLR 199; *Ibid*, ad 122, pp. 274 – cit. „*The judgment in 'Continental Can' is a seminal one for EC competition law.*“ . . . „. . . , the ECJ established that the conduct was prohibited irrespective of the fact that the dominant undertaking had not exploited, or otherwise used, its market power in concluding the merger transaction. Thus anti-competitive conduct which excludes competitors, strengthens the dominant position and weakens competition on the market is within the prohibition. The ECJ held that the object of Article 82 is not just to protect the dominant undertaking's customers from the exploitation of its market power, but to protect the competitive process itself.“

¹⁵² Case 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co AG v. Commission* (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, para. 91; *Ibid*, ad 122, pp. 275 – cit. „*The concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.*“

¹⁵³ *United States v. Microsoft Corp* 147 F.3d 935; *United States v. Microsoft Corp* 87 F.Supp.2d 30; (EC) Commission Decision of 24 March 2004, *Microsoft COMP/C-3/37.792*.

Значајан заокрет у политици примене члана 82 (102) Споразума, начињен је 2009. године, доношењем новог Упутства о приоритетима Комисије у примени члана 82 СЕЕЗ на облике злоупотребе положаја доминантних субјеката.¹⁵⁴ У складу са овим Упутствима, примењује се економски приступ у испитивању повреде члана 82 (сада 102) Споразума, односно, злоупотребе доминације. Примарни циљ заштите од злоупотребе је добробит потрошача. Такође, признато је право доминантних субјеката да примењују све дозвољене облике оштре конкуренције – чиме је напуштен концепт тзв. специјалне одговорности. Изнет је став да предмет испитивања од стране Комисије неће бити понашање доминантних субјеката чији је ефекат потискивање неефикасних или мање ефикасних конкурената, под условом да је реч о инструментима конкуренције заснованим на квалитету производа и услуга (енг. „*competition on the merits*“).¹⁵⁵ Овим променама учињен је значајан помак ка приближавању америчких и европских правила у области испитивања злоупотребе монопола.

2.4. Концентрације

а. Појам

Оснивачки (конститутивни) Споразум ЕЕЗ (сада Споразум о функционисању Европске уније, СФЕУ) не садржи одредбе о концентрацији привредних субјеката. Концентрација подразумева удруживање економских (имовинских) супстрата два или више привредних субјеката, и то путем статусне промене спајања или припајања. Као и код споразума из члана 81(1) СЕЕЗ (сада 101(1) СФЕУ), могу постојати хоризонталне (између конкурената) и вертикалне концентрације (између субјеката на различитим нивоима производно-дистрибутивног ланца). Вертикалне концентрације не изазивају нарочиту пажњу у смислу превенције повреде конкуренције, осим када један од учесника има тржишну моћ (одређени удео на релевантном тржишту), довољну да му омогући предузимање мера са циљем или ефектом истискивања једнако ефикасне конкуренције.

¹⁵⁴ *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, OJ C 45, 24.2.2009, p. 7-20.

¹⁵⁵ European Commission, Report from the Commission, *Report on Competition Policy 2010*, Brussels, 10.6.2011, COM(2011) 328 final, pp. 6.

Поред хоризонталних и вертикалних концентрација, препознат је још један облик експанзије (ширења) економске моћи привредних субјеката, у виду *конгломерата*. То је врста концентрације (тржишне моћи) без хоризонталних или вертикалних ефеката, која се остварује ширењем пословних активности привредног субјекта у циљу расподеле ризика пословања.¹⁵⁶ Када је реч о таквом облику ширења пословних активности субјеката који већ имају доминантан положај на тржишту, постоји опасност да би могли да га искористе и за стицање предности на другом тржишту, и то: наметањем тзв. клаузула везивања (енг. „*tying clauses*“) или преливањем трошкова (енг. „*cross-subsidizing*“), односно њиховим покривањем из вишка оствареног профита на тржишту на коме имају доминацију, чиме се даље отвара и могућност тзв. грабежљивог (предаторског) одређивања цене (енг. „*predatory pricing*“) и истискивања конкурената.¹⁵⁷

Питања заштите конкуренције од наведених облика концентрације тржишне моћи решавања су аналогном применом члана 81 и 82 СЕЕЗ. Аналогна примена члана 82 о забрани злоупотребе доминантног положаја употребљена је, на пример, у одлуци Европског суда правде из 1973. године, у напред поменутом случају *Continental Can*. С друге стране, у одлуци истог суда у случају *BAT and Reynolds v. Commission* одређен је став да се члан 81 СЕЕЗ може применити у случајевима преузимања мањинског пакета акција када компанија преузималац, на основу стечених акцијских права или на основу посебних погодби у споразуму о преузимању, стекне *de lege* или *de facto* контролу над пословањем друге компаније, или када споразум између те две компаније предвиђа привредну сарадњу или стварање структурног оквира за остваривање такве сарадње.¹⁵⁸ Примена одредаба члана 81 и 82 СЕЕЗ представљала је начин да се попуни правна празнина, настала одсуством посебних правила о заштити конкуренције у области концентрација.

б. Правни извори ЕУ о концентрацијама

Званично је призната потреба доношења посебног правног акта о концентрацијама још 1966. године, приликом усвајања Меморандума европске

¹⁵⁶ *Ibid.*, ad 122, pp. 852-3.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*, pp. 858.

Комисије о концентрацији привредних субјеката на заједничком тржишту.¹⁵⁹ И поред чињенице да је 1973. године представљен први законодавни предлог регулативе о контроли концентрација, овај правни акт донет је (након бројних претходних нацрта који нису добили одобрење Савета) тек 1989. године – усвајањем Регулative Савета бр. 4064/89 о контроли концентрација између привредних субјеката.¹⁶⁰

На основу првог Извештаја (тзв. Зелене књиге, енг. *Green Paper*) из 1996. године, у коме је указано на недостатке Регулative, новом Регулативом Савета бр. 1310/97 унете су одређене измене Регулative о концентрацијама, и то: одређен је нижи доњи праг (тржишни удео) као услов за заснивање надлежности европске Комисије (чиме је смањен број случајева у којима је настајала обавеза истовремене пријаве концентрације у две или више држава чланица); уведена су правила о заједничком улагању (енг. „*joint venture*“); као и правила којима је дефинисан тзв. комунитарни значај (енг. „*community dimension*“), као услов примене Регулative у области концентрација између кредитних и других финансијских институција.¹⁶¹

Извештај (Зелена књига) из 2001. године додатно је указао на проблеме у примени, који су налагали значајније измене Регулative о концентрацијама. Нека од битних питања тичала су се одређења доњих прагова примене Регулative, имајући у виду да су поједине концентрације (значајне са аспекта ефеката у трговинским односима између држава чланица), остајале изван надлежности европске Комисије. У вези са тим питањем, јавио се и проблем истовременог вођења поступка испитивања једне концентрације у већем броју држава чланица; као и проблем преузимања (упућивања) предмета од стране националних органа за заштиту конкуренције европској Комисији; проблем поједностављења процедуре и смањења трошкова; и проблем временских оквира испитивања концентрација.

Нова Регулатива бр. 139/2004 донета је 20. јануара 2004. године, а уз њу и Регулатива о примени бр. 802/2004. Остали акти Комисије (обавештења, упутства) у вези са применом Регулative о концентрацијама остали су да важе, од којих неки са изменама које прате суштинске измене саме Регулative.¹⁶²

¹⁵⁹ *Memorandum on the Concentration of Enterprises in the Common Market*, EEC Competition Series Study No. 3, - наведено према: *Ibid*, ad 122, pp. 855.

¹⁶⁰ *Commission Regulation (EEC) 4064/89 of 21 Dec. 1989 on the control of concentrations between undertakings* (1989) OJ L395/1, corrigendum (1990) OJ L257/14.

¹⁶¹ *Ibid*, ad 122, pp. 860.

¹⁶² Видети: *Ibid*, ad 122, pp. 861-2.

в. Заједнички пословни подухват, као могући облик концентрације

Посебан облик привредног удруживања или сарадње представљају тзв. заједнички пословни подухвати (енг. „*joint ventures*“). Учесници овог облика пословне сарадње могу удружити у потпуности своје пословање, а сами се повући са тог тржишта – у ком случају се њихови ефекти испитују према одредбама Регулative о концентрацијама. Они обављају делатност на трајној основи и предузимају све акте самосталног привредног субјекта. Дефиниција таквог облика удруживања дата је у члану 3(4) Регулative о концентрацијама.¹⁶³

С друге стране, заједничка пословна сарадња не подразумева нужно потпуно удруживање пословних активности, већ може бити усмерена ка остваривању заједничких циљева учесника, који су од значаја за унапређење њиховог пословања – нпр. у области истраживања и развоја (енг. „*research and development*“ – *R&D*). Такви облици сарадње нису предмет испитивања према одредбама Регулative о концентрацијама, већ према одредбама члана 81 (101) Споразума.

г. Комунитарни значај концентрације

као критеријум за разграничење надлежности између ЕУ и држава чланица

Као што је напред речено, само концентрације од комунитарног значаја (енг. „*community dimension*“) могу бити предмет испитивања према Регулativi. Овај услов проверава се на основу годишњег промета који учесници концентрације, заједно и појединачно, остварују на светском и европском тржишту. Предвиђен је у одредби члана 1(2) Регулative, као: (а) укупни заједнички промет на светском тржишту свих учесника у концентрацији, који прелази 5 милијарди евра; и (б) укупни промет на тржишту Европске уније сваког од најмање два учесника концентрације, који прелази 250 милиона евра. Комунитарни значај неће имати оне концентрације које испуњавају наведене услове у погледу вредности освареног годишњег промета, ако је најмање две трећине промета на тржишту ЕУ остварено у само једној држави чланици.

¹⁶³ Regulation 139/2004, Article 3(4): „*The creation of a joint venture performing on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity shall constitute a concentration within the meaning of paragraph 1(b).*“

С друге стране, према условима из члана 1(3) Регулative, комунитарни значај имаће и оне концентрације које не испуњавају горе предвиђене услове у погледу промета, уколико: (а) укупни заједнички промет свих учесника на светском тржишту прелази 2 милијарде 500 милиона евра; (б) у свакој од најмање три државе чланице, укупни заједнички промет учесника прелази 100 милиона евра; (в) у свакој од најмање три државе чланице из тачке (б), укупни промет сваког од најмање два учесника концентрације прелази 25 милиона евра; и (г) укупни промет на европском тржишту сваког од најмање два учесника концентрације прелази 100 милиона евра. Комунитарни значај неће имати оне концентрације које испуњавају наведене услове у погледу вредности освареног годишњег промета, ако је најмање две трећине промета на тржишту ЕУ остварено у само једној држави чланици.

Строго разграничење надлежности између европске Комисије и националних органа за заштиту конкуренције ублажено је правилима о делегацији (уступању) предмета од стране Комисије националним органима држава чланица и обрнуто. Предлог за делегацију могу упутити Комисија, државе чланице, као и сами учесници концентрације у фази пре подношења пријаве за одобрење концентрације. Услови делегације и поступак уступања (упућивања) уређени су посебним правним актом Комисије – Обавештењем о делегирању надлежности из 2004. године.¹⁶⁴

Регулативом је, у члану 21(4), препозната потреба држава чланица да, у посебно осетљивим случајевима, заштите одређене циљеве од националног значаја (легитимне циљеве), као што су: јавна безбедност, медијски плурализам и мере надзора. У случајевима у којима се јави таква потреба, државе чланице немају могућност да одобре концентрацију коју је Комисија забранила – али могу *забрани* концентрацију коју је Комисија одобрила, уколико је то неопходна мера заштите легитимних националних интереса.

д. Анализа ефеката концентрације на конкуренцију

Ефекти концентрације на конкуренцију утврђују се на основу анализе релевантног тржишта као и очекиваних структурних и динамичких промена на том тржишту након концентрације. Приступ Комисије у поступку утврђивања ефеката

¹⁶⁴ Notice on case allocation under the referral rules of the Merger Regulation (the 'Notice on case allocation').

променио се од усвајања прве Регулative о концентрацијама из 1989. године, када је првенство имала структурна анализа, заснована на стандарду доминације. Према одредби члана 2(2) и 2(3) прве Регулative, концентрација која доводи до настанка или јачања доминантног положаја, под чијим утицајем долази до значајног ограничавања конкуренције на заједничком тржишту или на значајном делу тог тржишта – сматраће се штетном за заједничко тржиште. Потреба усаглашавања европских правила са правилима других јурисдикција, као што су Сједињене Америчке Државе, Канада и Аустралија, препозната је у Извештају (Зеленој књизи) Комисије из 2001. године. Она је изазвана све чешћом појавом концентрација мултинационалних, односно глобално доминантних компанија, које су – у поступцима истовременог испитивања по претходној пријави учесника – сагледаване на различит начин, а сами поступци окончавају међусобно несагласним одлукама.

Алтернативни приступ у анализи ефеката концентрације је тест значајног смањења конкуренције – енг. „*substantial lessening of competition*“ – *SLC test*. Иако је примена члана 2(2) и 2(3) европске Регулative о концентрацијама и сама спонтано еволуирала у правцу економске анализе ефеката – применом микроекономских инструмената, економетријских модела и принципа теорије о индустријској организацији – *SLC test* није формално унет у текст нове Регулative из 2004. године. Признато је, наиме, да и нема значајних разлика у резултатима примене два теста (доминације и *SLC*), као и чињеница да је дошло до спонтаног приближивања европске Комисије пракси других земаља. Наиме, сматрају се штетним и оне концентрације које не доводе до доминације на тржишту, ако стварају повољне услове за нарушавање конкуренције усаглашавањем праксе на тржишту повећане концентрације (тржиште олигопола). Такву праксу тумачења Регулative о концентрацијама из 1989. године потврђују одлуке Суда правде и Суда прве инстанце у случајевима *Kali und Salz* и *Gencor*.¹⁶⁵ Ипак, признавањем потребе за компромисом у присуству подељених ставова држава чланица (није било једногласности по питању измене предвиђеног теста испитивања концентрација) – члан 2(3) је језички и циљно преформулисан у новој Регулativi из 2004. године, тако да сада гласи: „*Концентрација која би значајно нарушила ефективну конкуренцију на заједничком тржишту или на његовом значајном*

¹⁶⁵ 2001 Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No. 4064/89, COM(2001) 745/6 final – наведено према: *Ibid*, ad 122, pp. 911; Case T-102/96, *Gencor Limited v. Commission* (1999) ECR II-753 (1999) 4 CMLR 971 – *Ibid*, pp. 937-940.

делу, а нарочито као резултат стварања или јачања доминантног положаја, сматраће се штетном за заједничко тржиште.“

У циљу постизања предвидивости одлука Комисије у испитивању концентрација (тј. правне сигурности), донета су Упутства о хоризонталним концентрацијама и Упутства о вертикалним концентрацијама и конгломератима.¹⁶⁶ Према Упутствима о хоризонталним концентрацијама, Комисија ће, по правилу (ако се не докаже супротно), сматрати да не постоје ефекти нарушавања конкуренције у случајевима: када је индекс концентрације релевантног тржишта¹⁶⁷ након спроведене концентрације (спајања, преузимања, промене контроле) испод 1000; када је тај индекс након концентрације између 1000 и 2000, а разлика у индексу мања од 250; када је исти индекс након концентрације изнад 2000, ако је разлика у индексу мања од 150 – осим у случају постојања посебних околности, као што су: када је један од учесника у концентрацији потенцијални конкурент или значајан иноватор; ако је један од учесника у тој мери независан (енг. „*maverick*“), да омета координирану (усаглашену) праксу пословања осталих конкурената; ако један од учесника пре спроведене концентрације има најмање 50% тржишног удела; ако постоји узајамно учешће (енг. „*cross-shareholdings*“) између учесника на тржишту; или постоје докази раније координације пословања на тржишту.¹⁶⁸

У анализи ефеката концентрација, поставља се питање могуће одбране учесника у концентрацији, као ефикасног инструмента заштите планиране концентрације, и поред тога што су испуњени сви остали услови за доношење одлуке о њиховој штетности за конкуренцију. Америчка пракса примене права конкуренције је изричита у погледу такве могућности. На то директно упућују одредбе Упутства о концентрацијама, као заједничког акта америчког Министарства правде (Антимонополског одељења) и Федералне трговинске комисије, из 2010. године.¹⁶⁹ Према одредбама Упутства, одбрана учесника концентрације, заснована на значајном повећању ефикасности у пословању (енг. „*efficiency defence*“), могућа је под следећим условима: да су очекиване користи непосредан производ (последица) концентрације

¹⁶⁶ Horizontal Merger Guidelines (2004, OJ C31/5); Vertical and Conglomerate Merger Guidelines.

¹⁶⁷ ННН – Herfindahl Hirschman index – Овај индекс представља збир квадрата тржишних удела привредних субјеката на релевантном тржишту. Сматра се да тржиште није концентровано када је ННН испод 1000; када је тај индекс између 1000 и 1800, тржиште се сматра умерено концентрованим; а када је индекс изнад 1800, тржиште се сматра изузетно концентрованим.

¹⁶⁸ Horizontal Merger Guidelines (2004, OJ C31/5), paras. 19-21 – наведено према: *Ibid*, ad 122, pp. 927.

¹⁶⁹ Department of Justice and Federal Trade Commission: *Horizontal Merger Guidelines* (August 19, 2010).

(енг. „*merger specific*“); да се очекиване користи остварују на истом тржишту на коме се очекује поремећај конкуренције; да су ове користи препознатљиве, односно, да се могу проверити и измерити (енг. „*cognizable, verifiable and measurable*“); као и да користи од концентрације премашују или умањују потенцијалне штетне ефекте концентрације на потрошаче.

Европска Регулатива о концентрацијама из 2004. године не предвиђа изричито могућност оцењивања приговора ефикасности, као што то чини америчко право. И поред тога, у члану 2(1)(b) Регулативе предвиђено је да се у поступку испитивања ефеката концентрације може вршити и процена техничког или економског развоја (енг. „*technical and economic progress*“), уколико је то на добробит потрошача и не представља препреку конкуренцији.¹⁷⁰

Примери из праксе европске Комисије показали су да она, чак и када врши анализу економских ефеката концентрације и оцену могућих уштеда (повећања ефикасности) у пословању – нагиње схватању да оне нису тржишно прихватљиве уколико доводе у питање опстанак мањих конкурената на тржишту. Такав став исказан је и у одлуци донетој поводом концентрације конгломерата *GE/Honeywell*, која је наишла на негативну реакцију у Сједињеним Америчким Државама.

ђ. Поступак испитивања концентрације и овлашћења европске Комисије

Поступак испитивања концентрације пред европском Комисијом има две фазе. У фази I, која траје 25 радних дана (највише 35 дана у случајевима који оправдавају продужење за 10 дана), врши се сумарна анализа података из пријаве концентрације и утврђује да ли постоји довољан степен извесности штетних ефеката на конкуренцију. Више од 90% пријављених концентрација одобрава се у овој фази испитивања. У осталим случајевима, спроводи се фаза II испитивања, која траје 90 радних дана, али се може продужити за додатних 15 дана (у случају да странке предложе преузимање одређених обавеза у циљу одобрења концентрације до истека 65-тог радног дана), а изузетно и за додатних 20 радних дана у нарочито сложеним случајевима.

Комисија има значајна овлашћења у поступку испитивања концентрације, која се огледају у праву да: захтева од странака и трећих лица податке о пословању;

¹⁷⁰ *Ibid*, ad 122, pp. 953-4.

прегледа просторије и пословну документацију (укључујући и ненајављене претресе – енг. „*dawn raids*“); изриче новчане казне до висине 1% укупног годишњег промета учесника концентрације због одбијања достављања тражених података, као и због достављања нетачних или непотпуних података, и других повреда прописаних обавеза; одржава састанке са учесницима концентрације (енг. „*state of play meetings*“), како би омогућила транспарентност поступка и странкама дала могућност да се припреме за одбрану у фази II испитивања. На почетку ове фазе поступка, Комисија доставља странкама и јавно објављује тзв. изјаву о приговорима (енг. „*statement of objections*“ – *SO*). Странке имају могућност да доставе одговор у писаном облику у одређеном року, изврше увид у списе предмета, као и да присуствују и расправљају на усменом рочишту пред независним службеником Комисије (енг. *The Hearing Officer in full independence*).

На крају испитног процеса, Комисија може донети следеће одлуке о оправданости концентрације у питању: може је одобрити прихватањем одбране странака; може је одбити, чак и у случају да су странке предложиле да преузму додатне обавезе којима ће искључити ризик повреде конкуренције (енг. „*commitments*“); и, најзад, може условно одобрити концентрацију, уколико прихвати додатне обавезе учесника концентрације.¹⁷¹

ГЛАВА III

ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У РЕГИОНАЛНИМ ТРГОВИНСКИМ СПОРАЗУМИМА

1. Појам регионалног трговинског споразума

Регионални трговински споразуми (у даљем тексту: „РТС“) јесу споразуми две или више држава о стварању правно-институционалног оквира за обављање и развој

¹⁷¹ Commission Notice on remedies acceptable under the Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, (the „Merger Implementation Regulation“), OJ C 267, 22.10.2008, p. 1; Commission Regulation (EC) No 1033/2008 of 20 October 2008 amending Regulation (EC) No 802/2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 279, 22.10.2008, p. 3.

трговинских односа између тих држава под повољнијим, односно преференцијалним условима. РТС је генерични појам који подразумева три типа споразума: споразум о оснивању царинске уније (енг. *customs union*) и споразум о слободној трговини (енг. *free trade agreement*) – у смислу члана XXIV ГАТТ-а, као и споразум о економској интеграцији (енг. *economic integration agreement*) – у смислу члана V ГАТS-а.¹⁷² Притом, ознака „регионални“ у називу РТС нема значење које се уобичајено даје том појму у географском смислу. Тачније, постоје РТ споразуми и између држава које нису на истом или блиском географском подручју, као, на пример, између Сједињених Америчких Држава и Сингапура.¹⁷³

Приметан је значајан пораст броја регионалних трговинских споразума од '90-тих година прошлог века. Према извештају Организације за економску сарадњу и развој (ОЕСД) из 2005. године,¹⁷⁴ тачније, према преузетим подацима из списка регистрованих (пријављених) РТС Светској трговинској организацији (WTO),¹⁷⁵ у последњих десет година пре израде извештаја (1995-2005) пријављено је 200 нових споразума. Наиме, 33 споразума је пријављено само у 2004. години, док је тај број до средине 2005. године достигао 20, уз тенденцију даљег раста. Према Извештају Светске банке из 2005. године, 40 % укупне светске трговине обавља се у оквиру РТС.¹⁷⁶ Може се рећи да је овим принцип најповлашћеније нације, од правила међународне трговине, постао изузетак.¹⁷⁷

2. Значај регионалних трговинских споразума за конкуренцију

Приметан је потенцијални значај ове врсте споразума за развој међународног права заштите конкуренције. Државе чланице РТС радије укључују у правни оквир

¹⁷² Henry Gao, C. L. Lim, „Saving the WTO from the Risk of Irrelevance: the WTO Dispute Settlement Mechanism as a 'Common Good' for RTA Disputes“, *Journal of International Economic Law* 11(4), 2008, pp. 900, f.n. 1.

¹⁷³ *Ibid*, pp. 900, f.n. 1.

¹⁷⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development, Joint Group on Trade and Competition, *Competition Provisions in Regional Trade Agreements*, OECD Trade Policy Working Paper No 31 (by Oliver Solano and Andreas Sennekamp), COM/DAF/TD(2005)3/FINAL, 21 March 2006, pp. 5.

¹⁷⁵ Доступним на сајту WTO: www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm.

¹⁷⁶ World Bank (2005), *Global Economic Prospects 2005*, World Bank, Washington DC, p. 27 – наведено према: *Ibid*, ad 172, pp. 900, f.n. 3.

¹⁷⁷ *Cit.* „As the Consultative Board to the WTO Director-General points out in a report on the Future of the WTO, MFN is no longer the rule but almost an exception.“ – извор: Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi (2004), *The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millennium ('Sutherland Report')*, WTO, Geneva, p. 19 – наведено према: *Ibid*, ad 174, pp. 5.

споразума питања заштите конкуренције, него што су спремне да то учине у оквиру мултилатералног трговинског система под окриљем Светске трговинске организације. У том смислу, они представљају инструмент промоције и хармонизације права заштите конкуренције између држава чланица, али и механизам јачања и унапређења међудржавне сарадње у откривању и сузбијању аката и радњи којима се ограничава конкуренција на тржишту РТС.

Поменути Извештај ОЕСД-а из 2005. године даје приказ основних типова РТС према садржини и обиму правно-институционалних норми о заштити конкуренције на подручју важења РТС-а. То су следећи типови споразума: 1. споразуми који садрже само обавезу држава чланица да усвоје и примењују закон о заштити конкуренције; 2. споразуми који садрже одредбе о координацији и сарадњи, и то: 2-1. опште одредбе о сарадњи; 2-2. одредбе о узајамном обавештавању (енг. *notification*) надлежних органа за заштиту конкуренције о покренутим поступцима од значаја за другу државу; 2-3. одредбе о размени информација (енг. *exchange of information*) између националних органа за заштиту конкуренције, и то одређених врста података или података уопште; 2-4. одредбе о консултацијама у вези заштите конкуренције и примене права (енг. *consultation on competition policy/enforcement*), као инструмент ефективне и усаглашене примене права заштите конкуренције (при чему овај облик консултација треба разликовати од консултација у оквиру механизма решавања спорова између држава чланица); 2-5. одредбе о тзв. негативној међудржавној сарадњи (уважавању) (енг. *negative comity*), које предвиђају обавезу држава чланица да у доношењу одлуке о покретању поступка испитивања повреде конкуренције узму у обзир и информације од значаја за заштиту битних интереса друге државе чланице; и 2-6. одредбе о тзв. позитивној међудржавној сарадњи (уважавању) (енг. *positive comity*), које предвиђају право државе чланице да од друге чланице захтева покретање поступка за заштиту конкуренције; 3. споразуми који садрже одредбе о облицима повреде конкуренције, и то: 3-1. одредбе о уговорима којима се врши повреда конкуренције (енг. *antitrust agreements*), при чему има споразума у којима се наводе врсте таквих уговора (хоризонтални и вертикални; договори о цени, подели тржишта, одређивању производних квота, итд), као и оних у којима се оне не наводе; 3-2. одредбе о злоупотреби доминације (енг. *abuse of dominance/monopolisation*); 3-3. одредбе о државној помоћи тј. субвенцијама (енг. *state aid/subsidies*); 3-4. одредбе о концентрацијама штетним за конкуренцију (енг. *anticompetitive mergers*); 3-5. одредбе о

државним предузећима и државним монополима (енг. *state enterprises and state monopolies*) – при чему сви типови споразума под 3) могу садржати одредбе којима се непосредно забрањују наведени облици повреде конкуренције, или могу садржати одредбе о обавези држава чланица да ове забране предвиде у својим законима;¹⁷⁸ 4. споразуми који садрже посебне одредбе у вези са применом права заштите конкуренције у државама чланицама, и то, одредбе о: недискриминацији (енг. *non-discrimination*), правичном поступку (енг. *due process*), и транспарентности (енг. *transparency*); 5. споразуми који искључују примену антидампинских мера заштите домаће привреде (енг. *exclusion of antidumping*), при чему такви споразуми могу, поред наведеног ограничења, искључити и примену осталих мера заштите домаће привреде држава чланица, као што су компензаторске мере (енг. *countervailing duties*) и мере заштите од прекомерног увоза (енг. *safeguards*); 6. супротно претходној категорији споразума, постоје и споразуми који предвиђају право државе чланице да предузме тржишне мере заштите домаће привреде у случају повреде обавезе заштите конкуренције од стране друге државе чланице (енг. *recourse to trade measures*); 7. посебни типови споразума у зависности од механизма решавања спорова између држава чланица који проистичу из примене одредаба о заштити конкуренције, и то: 7.1. споразуми који не предвиђају никакав механизам решавања спорова из области конкуренције, односно, који ову врсту спорова искључују из предвиђеног општег механизма решавања спорова који проистичу из примене споразума; 7.2. споразуми који предвиђају консултације поводом спорне примене одредаба о заштити конкуренције (енг. *consultation*); и 7.3. споразуми који предвиђају арбитражно решавање спорова из ове области (енг. *arbitration*); 8. на крају, помиње се и категорија споразума који садрже одредбе о нереципрочном третману и прогресивној примени одредаба споразума о заштити конкуренције (енг. *flexibility and progressivity – special and differential treatment*).¹⁷⁹

Уношење одредби о заштити конкуренције у споразум о слободној (регионалној) трговини потврђује нераздвојну и међузависну везу између трговине и конкуренције.

¹⁷⁸ У односу на државну помоћ и субвенције којима се нарушава конкуренција на тржишту, регионални трговински споразуми обично садрже одредбе о ограничавању државне помоћи и субвенција које могу довести до нарушавања конкуренције. Када су у питању државна предузећа и државни монополи, обично се у споразуму предвиђа да се на њих примењује право заштите конкуренције једнако као и на приватне субјекте, али се могу предвидети и одређени изузеци од примене права заштите конкуренције.

¹⁷⁹ *Ibid.*, ad 174, pp. 8-10.

Иако је успостављање преференцијалног режима трговине основни циљ РТС, заштита конкуренције у оквиру тог режима представља гаранцију потпуног остварења наведеног циља. У супротном, постојала би опасност да протекционистичке *државне* мере заштите домаће привреде (путем царина, квота увоза и извоза, дампинга, валутне политике, субвенција, и др) замене *приватне* мере монополизације и других облика ограничавања конкуренције.

Највећи удео у укупном броју закључених споразума до 2005. године,¹⁸⁰ припада групи споразума између земаља у развоју (тзв. „Југ-Југ“); значајно мањи удео имају споразуми између развијених земаља (тзв. „Север-Север“); док просек између удела ове две врсте споразума одлази на споразуме између развијених земаља и земаља у развоју (тзв. „Север-Југ“). Ови подаци говоре о значају који регионални трговински споразуми имају за развој држава и експанзију привреде.

3. Надзор над применом одредби РТС-а о заштити конкуренције

Већина споразума садржи одредбе о правној и институционалној организацији заједничких органа у циљу праћења и контроле спровођења регионалне политике и правног режима преференцијалне трговине. Код неких споразума, у надлежности заједничких органа (комисија) је и праћење примене одредаба о заштити конкуренције на територији држава чланица. То је, на пример, случај код тзв. европске групе споразума (енг. „*EC-style agreements*“), тачније, код споразума између ЕУ и земаља средњег и западног Балкана у процесу придруживања Европској унији, али и код споразума између самих земаља средњег и западног Балкана.¹⁸¹

У неколико РТС-а предвиђен је орган наднационалног карактера, надлежан за спровођење поступка надзора, испитивања и предузимања мера заштите конкуренције на тржишту земаља чланица. Примери таквих споразума су: CARICOM,¹⁸² Andean Community,¹⁸³ СЕМАС (UEAC),¹⁸⁴ и WAEMU/UEMOA¹⁸⁵ .¹⁸⁶ Ипак, чини се да је реч

¹⁸⁰ Према наведеном Извештају ОЕСД-а, стр. 9.

¹⁸¹ Споразум о слободној трговини између Босне и Херцеговине и Хрватске; СЕФТА – Споразум о слободној трговини земаља чланица централне Европе.

¹⁸² *Caribbean Community and Common Market* (Карипска заједница и заједничко тржиште).

¹⁸³ Заједница земаља у региону Анда, у Јужној Америци.

¹⁸⁴ *Economic and Monetary Community of Central Africa* (Економска и монетарна заједница Централне Африке).

¹⁸⁵ *West African Economic and Monetary Union* (Западно-афричка економска и монетарна унија).

о преамбициозним правно-институционалним пројектима чија примена није дала значајне резултате.¹⁸⁷ На пример, у случају CARICOM-а, установљена су наднационална (регионална) тела заштите конкуренције, и то: Комисија за заштиту конкуренције (*Community Competition Commission – CCC*) и Карипски суд правде (*Caribbean Court of Justice – CCJ*). Међутим, одлуке о покретању поступка испитивања повреде конкуренције не доноси непосредно регионална Комисија, већ упућује формални захтев за покретање истраге националном органу за заштиту конкуренције. Овај орган је дужан да спроведе претходни поступак испитивања; уколико се покаже оправданим спровођење поступка додатне истраге, домаћи орган се консултује са Комисијом о надлежности; у случају неслагања о надлежном органу, Комисија упућује предмет Савету за трговину и економски развој (енг. *Council for Trade and Economic Development – COTED*) који о томе доноси одлуку. Тиме је укупан поступак и његов исход политизован, имајући у виду да је Савет политичка институција, која може спречити Комисију да спроведе истрагу и онда када она оправдано сумња да је извршена повреда конкуренције.¹⁸⁸ Због тога, Махер Даба (Maher M. Dabbah), за разлику од аутора OECD извештаја из 2005. године, сматра да Комисија нема карактер органа са наднационалним (супранационалним) овлашћењима.¹⁸⁹

MERCOSUR¹⁹⁰ је регионална трговинска организација земаља Јужне Америке у којој, и поред настојања ка успостављању заједничког органа за спровођење поступка заштите конкуренције у региону, значајнију улогу имају одредбе којима државе чланице преузимају обавезе усвајања закона о заштити конкуренције и његове ефективне примене. У стварима од регионалног значаја, у одсуству наднационалног механизма за спровођење поступка, инсистира се (и у пракси успешно примењује) координација активности (сарадња) између националних органа за заштиту конкуренције.¹⁹¹

¹⁸⁶ *Ibid*, ad 174, pp. 10.

¹⁸⁷ Maher M. Dabbah, *International and Comparative Competition Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 367.

¹⁸⁸ *Ibid*, pp. 401-402.

¹⁸⁹ *Ibid*, pp. 401.

¹⁹⁰ *The Southern Common Market* (заједничко тржиште земаља Јужне Америке, и то: Аргентине, Бразила, Парагваја, Уругваја и Венецуеле).

¹⁹¹ Видети: *Ibid*, ad 187, pp. 398-399.

NAFTA ¹⁹² припада групи регионалних трговинских споразума који немају правни оквир наднационалне примене права конкуренције, нити садрже материјалне одредбе о облицима противправног понашања привредних субјеката на релевантном тржишту. Наиме, одредбе Главе XV Споразума садрже само обавезу држава чланица да пропишу облике понашања штетних за конкуренцију и обезбеде одговарајући процесно-институционални механизам примене права заштите конкуренције. У случају испитивања облика понашања који имају регионални, односно, прекогранични значај, државе чланице су преузеле обавезу обавештавања и сарадње између националних органа за заштиту конкуренције. Предвиђена је и активност заједничке Радне групе, састављене од представника држава чланица у органима за заштиту конкуренције и министарствима за трговину. У случају неслагања између држава чланица, или појединачних пропуста у примени наведених обавеза, NAFTA предвиђа могућност покретања поступка решавања спорова, уколико је реч о повреди обавезе обавештавања или обавезе недискриминације између државних предузећа и монопола, с једне стране, и свих осталих привредних субјеката, с друге стране. ¹⁹³

Махер Даба изражава став да већина регионалних трговинских споразума није оправдала високо постављене циљеве у области заштите конкуренције. Један од разлога је тај што се учињени напори заснивају на тзв. принципу „*опитег ка посебном*“ (енг. „*top-down approach*“), имајући у виду да многе државе чланице регионалних споразума немају у свом правном систему законе о заштити конкуренције, а ако их и имају, недостаје им искуство и потребно знање за њихову примену. Поред тога, постоји недовољно јасна подела надлежности између националних и регионалних органа за заштиту конкуренције, али и недовољно јасно одређена улога регионалних органа у поступку примене правила о заштити конкуренције (нарочито по питању овлашћења ових органа у поступку прикупљања информација). Сметњу потпунијем уређењу регионалног правног режима заштите конкуренције представља и значајан број преклапања у чланству два или више регионалних трговинских споразума. У регионалним споразумима који почивају на прихватању стандарда европске политике заштите конкуренције, постоји несклад између норме и спремности и капацитета

¹⁹² *The North American Free Trade Agreement* (Северно-амерички споразум о слободној трговини, закључен 1994. године између Сједињених Америчких Држава, Канаде и Мексика). Споразум има два додатка: Северно-амерички споразум о сарадњи у области заштите животне средине и Северно-амерички споразум о сарадњи у области запошљавања.

¹⁹³ *Ibid*, ad 187, pp. 403.

државе да ефективно примени норму у пракси. Уз то, постоји и неспремност држава чланица таквих споразума да пренесу део сопственог суверенитета на заједничке органе, иако на том принципу почива и сама ЕУ, као и њен правни режим комунитарне заштите конкуренције.¹⁹⁴

ГЛАВА IV

АКТИВНОСТИ КОНФЕРЕНЦИЈЕ УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА

ЗА ТРГОВИНУ И РАЗВОЈ И МОДЕЛ ЗАКОН О КОНКУРЕНЦИЈИ

Конференција УН за трговину и развој (енг. *United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD*) представља специјализовано тело Уједињених нација, основано 1964. године, са задатком да афирмише циљеве земаља у развоју у области међународне трговине.

Конференција спроводи следеће активности: 1) организује разговоре између државних представника са циљем постизања консенсуса између земаља на различитом степену развоја; 2) спроводи истраживања и анализе, прикупља и анализира статистичке податке; и 3) пружа техничку помоћ мање развијеним земљама у стварању и надоградњи правно-институционалног оквира који доприноси интеграцији у међународни трговински систем уз пуну афирмацију њихових развојних циљева.¹⁹⁵

Анализа тржишне политике довела је до интересовања за однос између привреде и конкуренције. Озбиљнији рад Конференције у тој области започео је 1978. године у

¹⁹⁴ Више о томе: *Ibid*, ad 187, pp. 409-417.

¹⁹⁵ *Ibid*, ad 187, pp. 141.

оквиру преговора о заштити међународне конкуренције спречавањем рестриктивних пословних мера. Посебна пажња усмерена је ка препознавању појавних облика и ефеката аката и радњи транснационалних корпорација (енг. *transnational corporations*) у земљама у развоју.

Исход ових преговора је мултилатерални правни извор необавезујућег карактера, под називом: *Сет мултилатерално договорених правичних принципа и правила контроле рестриктивних пословних аката* – (енг) '*Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules on the Control of Restrictive Business Practices*'. Генерална скупштина Уједињених нација је на својој 35-тој сесији усвојила наведени Сет правила Резолуцијом 35/63 од 5. децембра 1980. године.¹⁹⁶

Једна од декларативних обавеза држава према наведеном Сету правила јесте подстицање конкурентности усвајањем и применом ефикасног правног и институционалног оквира за заштиту конкуренције. Значајан допринос Конференције у остварењу тог циља представља Модел закон о конкуренцији. Сет правила о контроли рестриктивних пословних аката и Модел закон о конкуренцији јесу два најзначајнија правна извора УН Конференције за трговину и развој у области заштите конкуренције у међународним трговинским односима.

1. Сет мултилатерално договорених правичних принципа и правила контроле рестриктивних пословних аката (Сет принципа и правила о конкуренцији)

1.1. Значај и циљеви

Резолуција Генералне скупштине УН 35/63 од 5. децембра 1980. године о усвајању Сета мултилатерално договорених правичних принципа . . . (у даљем тексту: „Сет правила“) ¹⁹⁷ упућује у уводном делу (преамбули) на шири правни оквир, тачније, изворне акте УН који су претходили усвајању Сета. Тај правни оквир чине: Резолуција 3201 (S-VI) и 3202 (S-VI) од 1. маја 1974. године, чији је саставни део Декларација и

¹⁹⁶ United Nations Conference on Trade and Development, *The United Nations Set of Principles and Rules on Competition*, TD/RBP/CONF/10/Rev.2, pp. 1 ('Preface').

¹⁹⁷ На Конференцији УН о ревизији Сета, одржаној 2000. године, потврђена је његова важност и прилагођен назив, тако што је назван: „УН Сет принципа и правила о конкуренцији“ – енгл. „*The United Nations Set of Principles and Rules on Competition*“.

Акциони програм о увођењу новог економског поретка, као и Резолуција 3281 (XXIX) од 12. децембра 1974. године, која садржи Повељу о економским правима и обавезама држава и Резолуција 3362 (S-VII) од 16. септембра 1975. године о развоју и међународној економској сарадњи.

Уводне одредбе Сета имају за циљ да приближе значај позитивног деловања држава и компанија у спречавању аката и радњи којима се нарушава или ограничава конкуренција на тржишту. Посебно је наглашено да деловање у циљу сузбијања ових облика понашања привредних субјеката доприноси стварању новог међународног економског поретка, спречавању негативних утицаја на интересе земаља у развоју и пуном остваривању ефеката либерализације међународног тржишта укидањем или смањивањем царинских и нецаринских ограничења слободној трговини.

Наглашено је да предмет Сета правила укључује и рестриктивне пословне акте транснационалних компанија и указано на потребу правичне и једнаке примене правила у односу на све привредне субјекте. У том смислу, указује се да је један од циљева Сета да олакша процес усвајања и унапређења закона и политике у области заштите конкуренције.

Сет правила је необавезујући мултилатерални акт, што му даје својство декларације или препоруке.¹⁹⁸ То јасно произилази из одредбе да ће државе „узети у обзир“ (енг. *'take into account'*) принципе и циљеве Сета правила у процесу усвајања и примене правно-институционалног оквира заштите конкуренције и међудржавне сарадње у откривању и сузбијању повреда конкуренције у међународној трговини.

Основни циљеви Сета правила су: 1. да обезбеде пун ефекат либерализације тржишта; 2. да допринесу ефикасности међународне привреде и развоја, а нарочито у земљама у развоју и у складу са њиховим економским и социјалним приоритетима (путем подршке заштити конкуренције, контроле концентрације капитала и/или економске моћи и путем подстицања инвестиција); 3. да заштите и унапреде опште друштвено благостање, а нарочито интересе потрошача у развијеним и земљама у развоју; 4. да уклоне негативне последице рестриктивних аката и радњи транснационалних компанија; и 5. да олакшају поступак усвајања закона о заштити конкуренције на националном и регионалном нивоу.¹⁹⁹

¹⁹⁸ *Ibid*, ad 187, pp. 144.

¹⁹⁹ *Ibid*, ad 196: „A. Objectives“.

1.2. Принципи и правила

Принципи и правила овог правног извора примењују се на пословне акте и радње, укључујући и оне које предузимају транснационалне компаније, које негативно утичу на међународну трговину, а нарочито на земље у развоју и на њихов економски развој, и то без обзира да ли се такве радње предузимају у једној или више земаља.²⁰⁰ У циљу потпунијег разумевања и одређења поља примене, дате су дефиниције појмова: „рестриктивне пословне праксе“, „доминантни положај“ и „привредни субјекти“ (енг. „*restrictive business practices*“, „*dominant position of market power*“, „*enterprises*“). Правила се неће примењивати на међудржавне споразуме, као ни на рестриктивне пословне радње које непосредно проистичу из таквих споразума.

Сет садржи три групе принципа: 1) опште (који се примењују на све субјекте који имају било какве обавезе у погледу њихове примене); 2) принципе који се односе на пословну праксу привредних субјеката; и 3) принципе који се односе на државе (на националном, регионалном и субрегионалном нивоу примене). Може се рећи да постоји и четврта група која се односи на међудржавну сарадњу у примени предметних принципа и правила о заштити конкуренције у међународној трговини.

a. Општи принципи

Општи принципи су: предузимање одговарајућих мера на националном, регионалном и међународном нивоу у циљу спречавања рестриктивних пословних радњи; сарадња између држава на билатералном и мултилатералном нивоу и њено унапређење у циљу побољшања контроле рестриктивних пословних радњи; утврђивање међународних механизма размене информација између држава, у вези са актима повреде конкуренције; организовање мултилатералних консултација о политици заштите конкуренције у међународној трговини; принцип правичне и једнаке примене Сета правила, уз узимање у обзир да поједине рестриктивне радње могу бити дозвољене према прописима који се на њих примењују, или чије је предузимање

²⁰⁰ *Ibid.*, „B. Definitions and scope of application“.

обавезно по прописима државе чије се право примењује; принцип преференцијалног или различитог положаја земаља у развоју.²⁰¹

Посебност УН Сета принципа и правила о конкуренцији произилази управо из последњег општег принципа преференцијалног и различитог положаја земаља у развоју – енг. „*preferential or differential treatment for developing countries*“. Према том принципу, развијене земље би требало, у поступку контроле рестриктивних пословних радњи и аката, да воде рачуна о потребама и циљевима земаља у развоју и неразвијених земаља, и то – о подстицају оснивања или развоја домаће индустрије и економског развоја других привредних сектора, као и о подстицају њиховог економског развоја преко регионалних или глобалних споразума између земаља у развоју.

б. Принципи који се односе на привредне субјекте

Принципи који се односе на привредне субјекте су: обавеза поштовања закона и других прописа у области заштите конкуренције на снази у држави у којој обављају делатност, као и обавеза прихватања надлежности судова и административних органа те државе; обавеза да се консултују и сарађују са надлежним органима држава које имају непосредан интерес за спровођење поступка контроле рестриктивних послова, као и обавеза да доставе потребне податке, укључујући и оне који се налазе у иностранству, ако то није забрањено по праву примене или супротно јавном поретку; обавеза уздржавања од праксе закључивања споразума или прећутног споразумевања о условима куповине и продаје којима се остварују штетни утицаји на међународну трговину, као и обавеза уздржавања од повреде конкуренције злоупотребом или прибављањем и злоупотребом доминантног положаја на тржишту.²⁰² Овде је дат приказ могућих облика споразума или злоупотребе у односу на које постоји обавеза уздржавања привредних субјеката, и то:

1) споразуми или прећутна пракса –

(а) којима се одређују цене, укључујући извозне и увозне цене; (б) заједничко преварно иступање на јавним тендерима; (в) подела тржишта или купаца; (г) подела квота производње или продаје; (д) заједнички акти у вези са пословним уговорима, нпр. усаглашени бојкот (одбијање да се закључи уговор, односно да се послује); (ђ)

²⁰¹ *Ibid.* „C. Multilaterally agreed equitable principles for the control of restrictive business practices“.

²⁰² *Ibid.* „D. Principles and Rules for enterprises, including transnational corporations“.

усаглашено одбијање снабдевања потенцијалних увозника; (е) заједничко ускраћивање приступа споразуму или удружењу који су од битног значаја за конкуренцију;

2) радње и понашања злоупотребе, односно стицања и злоупотребе доминантног положаја на тржишту –

(а) предаторско (грабежљиво) понашање према конкурентима; (б) различито одређивање цене, рокова или услова продаје или куповине производа у истим, односно битно истим околностима; (в) спајање, преузимање, заједнички пословни подухват (сарадња) или преузимање контроле, без обзира да ли је реч о хоризонталним или вертикалним споразумима, или о конгломератима; (г) одређивање цене по којој се производ може препродавати у земљама увоза; (д) ограничавање увоза робе која је легитимно означена у иностранству жигом који је идентичан или сличан знаку разликовања исте или сличне робе у држави увоза – када су ови жигови истог порекла тј. припадају истом власнику (носиоцу права) или их користе привредни субјекти између којих постоји економска, организациона, управна или правна међузависност – уколико је циљ ових ограничења да се одрже вештачки високе цене; (ђ) акти ограничавања конкуренције који немају за циљ остваривање легитимних пословних интереса (као што су: квалитет, сигурност, одговарајућа дистрибуција или услуга), а који се састоје у: делимичном или потпуном одбијању пословања под уобичајеним комерцијалним условима; условљавању продаје одређене робе или услуга прихватањем ограничења дистрибуције или производње конкурентних или других производа; наметањем ограничења о томе где, коме, или у ком облику или количинама се могу препродавати или извозити производи; условљавању продаје одређене робе или услуге куповином друге робе или услуга од истог продавца или лица кога он одреди.

в. Принципи који се односе на државе

Принципи који се односе на државе представљају конкретизацију претходно формулисаних општих принципа и односе се, пре свега, на обавезу држава да: усвоје и примењују ефективан правни и институционални (судски и административни) систем заштите конкуренције; спроводе правичан и једнак поступак испитивања повреда конкуренције, у складу са донетим законима који су јавно објављени и доступни; примене одговарајуће казнене и заштитне мере у циљу спречавања и/или контроле рестриктивних пословних радњи; гарантују заштиту података добијених од привредних

субјеката, који по свом значају представљају легитимну пословну тајну; унапреде механизам размене података на регионалном и субрегионалном нивоу и пружају узајамну правну помоћ у овој области; размењују искуства у примени права заштите конкуренције и пружају техничку помоћ државама које настоје да развију или унапреде систем заштите конкуренције.²⁰³

Особеност ових принципа огледа се у посебно наглашеној обавези оцене ефеката рестриктивних пословних аката на привреду и економски развој државе. Практично питање које би се у вези са том обавезом могло поставити, односи се на границе дискреционе слободе судова и административних органа заштите конкуренције у процењивању ефеката рестриктивних аката и радњи. Прецизније, када надлежни орган процени да постоји претежност корисних над штетним ефектима одређеног споразума или радње на конкуренцију коју чине једнако ефикасни конкуренти – да ли има овлашћење да, и поред тога, забрани акт или радњу која је предмет испитивања, уколико процени да ће њено предузимање имати негативне последице на привреду земље или њен економски развој? Изгледа да је одговор позитиван, што овај правни извор УН чини особеним, иако његов значај умањује чињеница да није обавезујућег карактера и да не садржи одредбе о механизму примене установљених принципа и правила.

г. Принципи међудржавне сарадње

Посебну групу чине принципи међудржавне сарадње у оквирима Комисије УН за трговину и развој.²⁰⁴ Они подразумевају сарадњу између држава у циљу постизања заједничког приступа у обликовању националне политике заштите конкуренције. Предвиђено је да ће државе једном годишње достављати Секретаријату Комисије извештај о предузетим појединачним и регионалним мерама у примени обавеза садржаних у Сету принципа и правила, као и о усвојеним и измењеним законима у области заштите конкуренције и њиховој примени. Координацији појединачних и регионалних напора држава чланица ка унапређењу система заштите конкуренције требало би да допринесе и годишњи извештај Комисије о прописима држава чланица и њиховој примени.

²⁰³ *Ibid.* „E. Principles and Rules for States at National, Regional and Subregional levels“.

²⁰⁴ *Ibid.* „F. International measures“.

Међународна конкуренција, тачније, конкуренција привредних субјеката у међународној трговини, представља процес који има исте појавне облике као и конкуренција привредних субјеката на тржишту ограниченом националним, односно, државним границама. Међутим, ефекти појединих облика предузетих послова и радњи са прекограничним дејством не сагледавају се на исти начин у свим државама које имају неки интерес у вези са привредним субјектима који учествују у предузимању тих послова, као и у државама у којима се остварују њихове последице. Управо из тог разлога, предвиђено је да ће државе сарађивати у случајевима истовременог постојања значајних интереса две или више држава, и то на следећи начин: свака држава може упутити захтев другој држави за спровођење консултативног процеса разматрања и доношења заједнички прихватљивог решења. Држава којој је упућен такав захтев, узеће га у обзир (енг. „*should accord full consideration to requests for consultations*“) и учинити најбољи напор у циљу одржавања консултативних разговора. Државе учеснице преговора могу, по њиховом окончању, да усвоје заједнички извештај и доставе га Секретаријату Комисије, за потребе анализе и укључивања у податке годишњег извештаја Комисије о рестриктивним пословним актима.

Посебне обавезе држава чланица у правцу примене принципа и правила УН Сета односе се на узајамну техничку помоћ (финансијску и стручну), са нагласком на потребу пружања помоћи земљама у развоју. Такође је указано на потребу континуираног рада на изради модел закона о заштити конкуренције, који би требало да убрза и олакша процес усвајања закона о конкуренцији у земљама у развоју.

Правилима УН Сета предвиђен је и институционални механизам спровођења међудржавне сарадње у примени његових принципа и правила, и то у оквирима саме УН Конференције за трговину и развој.²⁰⁵ Тачније, предвиђено је посебно тело у организационој структури Конференције које се бави напред наведеним питањима сарадње – *Међувладина Група експерата о рестриктивној пословној пракси*, која је на Конференцији Комисије 2000. године преименована у *Међувладину Групу експерата о праву и политици заштите конкуренције* – енг. „*Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy*“. Обавеза је овог тела да једном годишње поднесе извештај о свом раду. Поред тога, предвиђен је и поступак петогодишње ревизије УН Сета

²⁰⁵ *Ibid.*, „G. International Institutional Machinery“.

принципа и правила, који спроводи Конференција Уједињених нација уз сагласност Генералне Скупштине.

1.3. Ефекти и ревизија Сета

У коначној оцени резултата анализе ефеката УН Сета принципа и правила о заштити конкуренције, може се доћи до закључка да се од његовог усвајања 1980. године до данас нису ни приближно остварила очекивања држава у развоју.²⁰⁶ М. Даба наводи следеће чиниоце који су допринели да овај значајан мултилатерални пројекат остане без очекиваних резултата: Сет није обавезан, већ добровољан; није прихваћен и признат као један од извора међународног јавног права; и није се развио у динамички систем примене права међународне конкуренције.²⁰⁷

Наговештаји слабог утицаја Сета принципа и правила били су приметни већ у првим годинама након његовог усвајања. На састанку експерата Међувладине Групе за рестриктивне пословне акте, одржаном у Женеви, 19. новембра 1984. године, изражена је забринутост због пораста броја и ефеката споразума и радњи којима се нарушава конкуренција у међународној трговини и остварују погубни утицаји на привреду и развој земаља тзв. Трећег света. Указано је на ограничени утицај УН Сета, који је потврдило истраживање Секретаријата Комисије УН за трговину и развој, као и на огромне последице усаглашеног наступања у поступцима јавних набавки (енг. *collusive tendering*) које спроводе најмање развијене државе и државе у развоју.²⁰⁸

Једну од главних тема разговора на трећој УН Конференцији за ревизију Сета, одржаној 1995. године, определила је чињеница да је систем међународне трговине институционализован под окриљем Светске трговинске организације. Поставило се, наиме, питање оправданости постојања *обавезујућих* мултилатералних правила о заштити међународне конкуренције. У том тренутку, Сет је представљао *једини* међународни инструмент заштите конкуренције. Ипак, Секретаријат Комисије УН за трговину и развој изнео је закључак о преурањености идеје о изради правила о

²⁰⁶ Ова група држава је у процесу преговора који су вођени у циљу доношења Сета, представљала једну од три посебно издвојене преговарачке групе: Група „Б“ (развијене индустријске земље); Група „Д“ (углавном социјалистичке земље); и Група „77“ (земље у развоју) – наведено према: *Ibid*, ad 187, pp. 144.

²⁰⁷ *Ibid*, ad 187, pp. 145.

²⁰⁸ 'Restrictive Practices Still Used, Experts Say', Geneva, November 19, 1984 (IFDA/CHAKRAVARTHI RAGHAVAN).

међународној конкуренцији наднационалне примене, сматрајући да постоји потреба да државе задрже суверенитет над домаћим тржиштем.²⁰⁹

На шестој УН Конференцији за ревизију Сета, одржаној у Женеви 8-12. новембра 2010. године, учествовали су и представници Србије. Званични Извештај са Конференције нагласио је значај добровољног поступка преиспитивања националних правних система заштите конкуренције од стране Комисије (енг. *voluntary peer review*).²¹⁰ На истој Конференцији, објављена је вест да је делегација Србије званично затражила спровођење овог поступка у циљу боље размене информација о предностима и недостацима домаћих прописа у области заштите конкуренције и њихове примене.²¹¹ Поступак је спроведен у 2011. години и његови резултати се могу сагледати у Прегледу Извештаја секретаријата УН Конференције за трговину и развој, као и самом Извештају, доступним на сајту Конференције.²¹² О утврђеним предностима и недостацима домаћег правног оквира заштите конкуренције, као и о предлозима за његово унапређење, биће речи у трећем делу рада под називом: „Заштита конкуренције у праву Србије“.

2. Модел закон о конкуренцији

2.1. Значај

Један од значајних резултата међудржавне сарадње у оквиру УН Конференције за трговину и развој, који доприноси ефикаснијој примени принципа заштите конкуренције у међународној трговини – јесте Модел закон о конкуренцији (енг. *Model Law on Competition*). Активности УН Конференције на усвајању и ревизији Модел закона су засноване на одредби F.5 Сета мултилатерално договорених правичних

²⁰⁹ 'Review Conference on UNCTAD RBPS CODE', Geneva 13 Nov, 1995 (Chakravarthi Raghavan).

²¹⁰ United Nations Conference on Trade and Development: *Report of the Sixth United Nations Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*, Geneva, 8-12 November 2010, TD/RBP/CONF.7/11, pp. 11-12.

²¹¹ UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development: 'Serbia to undergo UNCTAD voluntary peer review on competition law and policy in 2011', 11 November 2010.

²¹² Видети: UNCTAD, 'Peer review of Serbian competition law and policy – Overview', Report by the UNCTAD secretariat, United Nations, UNCTAD/DITC/CLP/2011/2; UNCTAD, 'Voluntary Peer Review of Competition Law and Policy: SERBIA', Full Report, UNCTAD/DITC/CLP/2011/2.

принципа и правила о конкуренцији („УН Сем“), о коме је било речи у претходном поглављу.²¹³

Рад на Модел закону је у вези са Сетом утврђеним принципом да ће државе чланице на националном нивоу или у оквиру регионалних група усвојити, унапредити и ефективно применити одговарајуће прописе и судске и административне поступке контроле рестриктивних пословних аката привредних субјеката, укључујући и акте транснационалних компанија. У том смислу, може се рећи да Модел закон представља конкретизацију принципа и правила Сета, која се односе на привредне субјекте (укључујући транснационалне компаније), као и на државе чланице и њихову међусобну сарадњу.

Значајна ревизија раније усвојеног текста Модела закона о конкуренцији представљена је од стране секретаријата УН Комисије за трговину и развој, у складу са предлогом Међувладине групе експерата о праву и политици конкуренције (енг. *Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy – IGE*), усвојеним на састанку групе 2009. године. Измењена верзија Модел закона је представљена 2010. године²¹⁴ у виду иновираниог Модел закона из 2007. године, који је не само садржајно адаптиран, већ и функционално и практично подељен по одређеним поглављима. Допринос раду секретаријата Комисије дали су и писани извештаји држава чланица, академица и практичара.²¹⁵ Садржину Модел закона чине алтернативно предложене одредбе у форми законских одредби, праћених коментарима. Управо су ови коментари од великог значаја и помоћи државама које још увек нису донеле законе у области заштите конкуренције, или су ти закони недовољно развијени, или недовољно и неефективно примењени у пракси.

²¹³ *Ibid*, ad 196, „F. International measures“, ad 5: „Continued work within UNCTAD on the elaboration of a model law or laws on restrictive business practices in order to assist developing countries in devising appropriate legislation. States should provide necessary information and experience to UNCTAD in this connection.“

²¹⁴ United Nations Conference on Trade and Development, *Model Law on Competition – Substantive Possible Elements for a Competition Law, Commentaries and Alternative Approaches in Existing Legislation*, United Nations, 2010, TD/RBP/CONF.7/8.

²¹⁵ *Ibid*, ad 210, pp. 17-18.

2.2. Структура

Модел закон о конкуренцији има следећу структуру: Први део чине предложене одредбе у форми законских одредби.²¹⁶ Други део чине коментари предложених одредби и могућих алтернатива.²¹⁷ Саставни део Модел закона чине и анекси.²¹⁸ Први део има свега девет страница, док коментари заузимају највећи део садржине на шездесетак страница. Остатак садржине чине Анекси.

Први и други део подељени су на 13 поглавља истих назива, и то:

Прво поглавље – „Циљеви и сврха закона“;

Друго поглавље – „Дефиниције и обим примене“;

Треће поглавље – „Рестриктивни споразуми или послови“;

Четврто поглавље – „Акти или понашања која представљају злоупотребу доминантног положаја тржишне моћи“;

Пето поглавље – „Обавештавање“;

Шесто поглавље – „Обавештавање, истрага и забрана спајања која утичу на концентрована тржишта“;

Седмо поглавље – „Однос између органа за заштиту конкуренције и регулаторних тела“;

Осмо поглавље – „Неки могући аспекти заштите потрошача“;

Девето поглавље – „Орган који спроводи поступак и његова организација“;

Десето поглавље – „Функције и овлашћења органа који спроводи поступак“;

Једанаесто поглавље – „Санкције и мере заштите“;

Дванаесто поглавље – „Правни лекови“;

Тринаесто поглавље – „Тужбе за накнаду штете“.

Предмет овог разматрања није исцрпно приказивање свих предложених одредби, њихових коментара и алтернатива, већ указивање на оне битније, посебно са аспекта заштите конкуренције у међународној трговини. Дефинисане врсте и облици аката и радњи привредних субјеката који представљају повреду или ограничење конкуренције идентичне су онима који су дати у УН Сету из 1980. године, па их овде

²¹⁶ PART I – *Substantive Possible Elements for a Competition Law.*

²¹⁷ PART II – *Commentaries on Chapters of the Model Law and Alternative Approaches in Existing Legislation.*

²¹⁸ ANNEXES.

нећемо понављати. У сваком случају, они представљају опште и, може се рећи, универзалне појавне облике повреде конкуренције.

2.3. Обим примене

Један од битних елемената Модел закона о конкуренцији јесте обим примене. Закон се примењује на привредне субјекте (енг. *'enterprises'*) у вези са њиховим споразумима, актима и радњама предузетим у обављању привредне делатности, који за предмет имају робу, услуге или права интелектуалне својине. Појам привредног субјекта обухвата: фирме, ортаклуке, корпорације, компаније, удружења и друга правна лица – без обзира да ли их је основала или их контролише држава или приватно лице – која обављају привредну делатност. Под појмом привредног субјекта подразумевају се и огранци наведених правних лица, као и зависна и повезана друштва и остали субјекти под њиховом непосредном или посредном контролом. Модел закон о конкуренцији се, дакле, примењује једнако на приватне привредне субјекте и на привредне субјекте у потпуном или већинском државном власништву или под контролом државе. Појам привредног субјекта је, притом, дат свеобухватно, тако што се односи и на огранке, филијале, зависна друштва, повезана друштва и друге контролисане субјекте, што умањује простор за формално изигравање закона, односно избегавање његове примене.

У поље примене закона не улазе: суверени акти државе и територијално-политичких јединица државне власти (покрајине/региони, локалне самоуправе), као ни акти привредних субјеката или физичких лица који су предузети уз државну принуду или надзор, било саме државе, било јединица локалне самоуправе или државних органа који поступају у границама пренетих овлашћења.

Коментари наведене одредбе Модел закона о конкуренцији (о томе шта не улази у поље примене закона) упућују на упоредно-правна решења у погледу критеријума значајније повреде конкуренције (енг. *'unduly restrain competition', significantly restrain competition'*) и посебне заштите малих и средњих предузећа. У Европској унији и већини земаља изван ЕУ важи тзв. *de minimis* правило, према коме предмет испитивања повреде конкуренције представљају само акти и радње привредних субјеката са значајнијим уделом на релевантном тржишту. ЕУ пружа могућност државама чланицама да саме дефинишу *de minimis* правило, било описно, било одређивањем минималног тржишног удела субјеката који учествују у рестриктивним актима и

радњама. Тако, на пример у Уједињеном Краљевству, примењена је друга опција и минимални тржишни удео опредељен на 25% релевантног тржишта. Често ће бити случај да у поље важења *de minimis* правила улазе мала и средња предузећа, којима је међусобно удруживање једини начин опстанка на тржишту на коме доминацију имају велике и, све чешће, транснационалне компаније. Ипак, поједине државе предвиђају *изричито* изузимање малих и средњих предузећа од примене закона о заштити конкуренције, попут Немачке и Јапана.

Од посебног значаја су одредбе седмог поглавља о односу између органа за заштиту конкуренције и регулаторних тела. Наиме, поједини привредни сектори су предмет посебних услова обављања делатности и контроле, прописаних групом законских, подзаконских и административних правних извора и правила, која је Модел закон обухватио заједничким појмом „*регулатива*“.

Регулатива о уређивању и контроли привредних сектора у којима обављање делатности подразумева одређени облик инфраструктуре или мреже, често садржи извесна ограничења независности и економске слободе привредних субјеката. Такав вид уређеног обављања делатности носи опасност појаве негативних облика интервенције државе, њених органа, или невладиних организација и саморегулаторних тела (којима је поверено обављање јавних овлашћења), као што су нетранспарентност и дискриминација. Због тога је предлог Модел закона да се предвиди обавезна сарадња између органа надлежног за заштиту конкуренције и регулаторних тела, и то, пре свега, у виду међусобних консултација у поступку измене постојеће или усвајања нове *регулативе*. Одобрење органа за заштиту конкуренције треба да има карактер претходног услова у овом поступку, при чему би испитивање предложеног акта било ограничено на његове економске ефекте, као и на заштиту општих интереса.²¹⁹

На значај општих интереса указано је у вези са привредним субјектима који обављају делатности од општег интереса, што упућује да они у извесном степену могу

²¹⁹ Резултати испитивања садржине и примене права заштите конкуренције у Србији, спроведеног у 2011. године на захтев представника Србије од стране секретаријата УН Комисије за трговину и развој, указали су на недостатке у погледу сарадње Комисије за заштиту конкуренције са органима законодавне власти и регулаторним телима у појединим секторима (телекомуникације, енергија, борба против корупције). Тачније, указано је да српски Закон о заштити конкуренције не садржи одредбу о обавези Народне скупштине да консултује Комисију за заштиту конкуренције приликом израде нацрта нових закона који могу бити од утицаја на политику конкуренције, иако закони многих других држава то предвиђају. Такође, преглед Извештаја УН Комисије садржи и констатацију да до 2011. године није забележен ниједан пример упућивања одређеног случаја из једне у другу институцију (што је чест случај у другим земљама). О томе више: *Ibid*, ad 212.

бити изузети од пуне примене права заштите конкуренције. Посебно је наглашено да ови привредни субјекти имају и одређене обавезе, које представљају ограничење економске независности и слободе, као што је дужност пружања услуга и у нерентабилним деловима тржишта, и то под јединственим условима и квалитету услуге.

Осмо поглавље Првог дела Модел закона о конкуренцији садржи само констатацију да је у неким државама заштита потрошача предмет уређивања у посебном закону. Тој групи држава припада и Србија, при чему је препорука секретаријата УН Комисије за трговину и развој да се *обједине* српски закони о заштити конкуренције, заштити потрошача и о нелојалној (непоштеној) конкуренцији.

220

2.4. Коментари Модел закона о конкуренцији – битни елементи односа између међународне конкуренције и међународне трговине

Одредбе Модел закона о конкуренцији и њихови коментари нису од значаја само за трговину која се одвија у границама националног тржишта држава чланица, већ и за међународну трговину. Тако се, већ у првим коментарима, који се односе на дефиницију релевантног тржишта, напомиње да тржиште може бити локално, национално, међународно и глобално. У том смислу, географско одређење тржишта зависи од посебних чинилаца, као што су, на пример, трошкови транспорта, царине и друге административне (регулаторне) мере и ограничења, којима се спречава или ограничава увоз. Увоз производа представља значајан подстицај јачања процеса конкурентности на националном тржишту, а тиме и фактор притиска на субјекте који имају доминантан положај на том тржишту. Наведене административне препреке су у значајној мери укинуте или ограничене усвајањем Споразума о оснивању Светске трговинске организације 1994. године, што је променило концепт сагледавања тржишта. Либерализација тржишта и глобализација производног процеса и токова робе, услуга и капитала доприносе отварању националних тржишта конкуренцији производа из иностранства и дају подстицај директним страним инвестицијама. Овим сагледавање односа између домаћих привредних субјеката неминовно укључује и

²²⁰ *Ibid*, ad 212, „Recommendation 8, First policy option: *Merge Competition Law with Consumer Protection and Unfair Competition Law Enforcement in SCPS*“.

привредне субјекте из иностранства, који своје економске интересе остварују искоришћавањем предности националног тржишта. Међународни аспект тржишних односа укључен је и у дефиницију рестриктивних споразума у трећем поглављу Модел закона: „(а) споразуми о цени или другим условима продаје, укључујући и међународну трговину“.²²¹

У вези са све значајнијим активностима транснационалних и мултинационалних компанија на глобалном тржишту, поставило се питање сагледавања односа између међусобно повезаних компанија, било да је реч о заједничком учешћу у капиталу, или о односу матичног и зависног друштва, повезаној управи, огранцима и филијалама, и слично. У судској пракси Врховног суда Сједињених Америчких Држава установљено је правило да матична компанија и њена потпуно контролисана зависна компанија представљају економску целину, због чега се њихова заједничка пословна политика (споразуми и други акти) не могу сматрати забрањеним споразумима у смислу Шермановог закона.²²² Наведено важи и за споразуме између компанија које су под заједничком контролом матичне компаније. Неки нижи амерички судови проширили су овај став, тако што су укључили и критеријум већинске контроле, тачније, изузели су од примене Шермановог закона споразуме између две компаније, од којих је једна под већинском контролом друге компаније.

Од посебног значаја за оцену конкуренције у међународној трговини јесте питање какав статус у домаћем праву имају споразуми домаћих извозних компанија о заједничком наступу на иностраном тржишту. Многе државе изузимају ову врсту споразума од примене права заштите конкуренције, имајући у виду одсуство негативних ефеката на домаћем тржишту. Модел закон помиње две државе чији прописи садрже изричито изузимање извозних споразума – Сједињене Америчке Државе и Перу. Обавезно је, међутим, да се такви споразуми региструју у држави порекла компанија. С друге стране, све државе изричито забрањују домаћим компанијама да закључују рестриктивне споразуме са иностраним компанијама (тзв. међународне картеле).

²²¹ *Ibid*, ad 214, *Cit*: Chapter III – *Restrictive agreements or arrangements: 'Prohibition of the following agreements between rival or potentially rival firms, regardless of whether such agreements are written or oral, formal or informal: (a) Agreements fixing prices or other terms of sale, including in international trade; . . .'*

²²² *Satellite Fin. Planning Corp. v. First National Bank*, 633 F. Sup. 386 (D. Del, 1986) – наведено према: *Ibid*, ad 214, pp. 28, f.n. 52.

Споразуми о подели клијената или територије нису ретки у међународној трговини, што је показала и досадашња пракса националних судова и органа за заштиту конкуренције, пре свега Сједињених Америчких Држава. Обично је реч о споразумима између конкурената којима се они обавезују да једни другима неће конкурисати на домаћем тржишту.

У вези са поделом међународног тржишта дуж линија међудржавних граница, Европска унија је развила концепт тзв. „*паралелне трговине*“. Иако правни извори ЕУ укључују могућност изузимања од забране (одобрења) споразума о искључивој дистрибуцији на одређеној територији (укључујући територију државе чланице), *изричито* је предвиђена обавеза уговорних страна да не спречавају паралелну трговину. Тачније, искључивост дејства споразума о ексклузивној дистрибуцији производа делује у односу на производе у промету унутар територије. У случају извоза ових производа, ексклузивни дистрибутер нема искључиво право да забрани реекспорт истих производа, односно њихов увоз на територију важења ексклузивног споразума о дистрибуцији. Циљ одредбе о дозвољености паралелне трговине је спречавање стварања вештачке разлике у цени истих производа на различитим националним тржиштима.

Транснационалне компаније имају обавезу да своје пословање прилагођавају правном поретку државе у којој обављају делатност. У том смислу, постоји потреба познавања националних прописа и у области заштите конкуренције, који нису јединствени тј. једнообразни чак ни у оквиру Европске уније. Модел закон указује на одредбе члана 81 Споразума ЕЗ (сада члана 101 Споразума о функционисању ЕУ) којима је предвиђена забрана рестриктивних споразума, одлука удружења или усаглашене праксе између привредних субјеката, који утичу на трговину између држава чланица и имају за циљ или последицу нарушавање, повреду или ограничавање конкуренције на заједничком тржишту, а посебно: одређивање цене производа, поделу клијената или тржишта, ограничавање производње и одређивање производних квота, усаглашено иступање у поступку јавних набавки (тендера). Одредбама става 3 наведеног члана Споразума предвиђена је могућност Комисије да изузме поједине споразуме од забране, уколико: доприносе унапређењу производње или дистрибуције, промовишу технички и економски развој, омогућују да се остварене користи у правичној мери пренесу на потрошаче, под условом: да привредним субјектима на које утичу не намећу обавезе које нису неопходне за остваривање наведених циљева, и да не

пружају могућност искључивања конкуренције на значајном делу тржишта. Наведени услови за изузимање одређених рестриктивних споразума од примене одредбе о ништавости (забрани) су општег карактера и упућују на значајна дискрециона овлашћења Комисије. У пракси, Комисија је показала уздржаност у одобравању споразума који садрже одредбе о одређивању цене и подели тржишта.

С друге стране, право заштите конкуренције појединих држава чланица ЕУ и држава изван ЕУ садржи изричите одредбе о дозвољености одређених врста картела, попут тзв. кризних картела (енг. *'crisis cartels'*, *'depression cartels'*) и картела рационализације (енг. *'rationalisation cartels'*). Примера ради, наведене су следеће државе: Немачка, Венецуела, Италија, Јапан, Шпанија.

Другу врсту рестриктивних понашања привредних субјеката чини злоупотреба доминантног положаја на тржишту. Имајући у виду да многе транснационалне компаније имају доминантни положај на тржишту неразвијених земаља или земаља у развоју, овај облик повреде конкуренције има значајан утицај на међународну трговину. У том смислу, посебно се издвајају следеће врсте злоупотребе доминантног положаја: тзв. предаторско (грабежљиво) понашање продајом производа по цени нижој од јединичних (граничних) трошкова производње; тзв. непријатељско преузимање (енг. *hostile acquisition*) компаније-конкурента у циљу обустављања њених конкурентних пословних активности; дискриминаторска ценовна политика заснована на тзв. трансферним ценама производа у промету између матичне компаније и њених огранака (филијала) или зависних компанија; продаја производа по истој цени без обзира на место испоруке и трошкове транспорта (енг. *delivered pricing*), или продаја производа по различитој цени заснованој на разлици у трошковима транспорта, али без уважавања стварних трошкова у појединачним случајевима (тј. стварне удаљености места испоруке од места полазишта) – (енг. *'base point selling'*); одређивање препродајне цене производа (енг. *resale price maintenance, RPM*); одбијање да се закључи уговор под тржишним условима, које нема оправдања у објективним разлозима заснованим на ефикасности и квалитету дистрибуције и промоције производа, или одређеним стандардима безбедности производа (енг. *refusal to deal*); злоупотреба права интелектуалне својине (нарочито жига, тј. заштићеног робног знака – енг. *trademark*) у циљу вештачке поделе тржишта или одржавања неоправдано високих цена на појединим тржиштима – спречавањем паралелног увоза производа и коришћењем два или више различитих жигова за исти производ у различитим државама.

Сви напред наведени облици нарушавања конкуренције (забрањени споразуми, злоупотреба доминантног положаја) могу се изузети од забране, осим уколико је реч о очигледно штетним актима који су по сили закона ништави (енг. *per se illegal*). Изузимање од забране, односно одобрење пословног акта у питању, представља формални акт (енг. *authorisation*) надлежног органа за заштиту конкуренције. Поступак покреће један или више учесника у споразуму, односно заједничкој (усаглашеној) пословној пракси, односно пословни субјект који има доминантни положај на тржишту, и то предајом захтева за одобрење са потребним прилозима (енг. *'notification'*). Познавање права заштите конкуренције држава у којима привредни субјект обавља делатност представља *conditio sine qua non* сигурности пословања и планирања пословне стратегије. На садашњем нивоу развоја права заштите конкуренције у међународним оквирима не постоје услови за организовање јединственог поступка одобрења пред заједничким (наднационалним) органом или једним од надлежних органа две или више држава у којима се остварују ефекти пословне праксе или акта у питању (енг. *'one-stop-shop'*).²²³ Управо је то разлог притиска пословне заједнице на државне органе и међународне организације, усмереног ка уједначавању (хармонизацији) процесног дела права заштите конкуренције.

Модел законом је указано на значај прекограничних концентрација привредних субјеката. Нарочито је наглашен пример стицања прекограничног контролног утицаја транснационалних компанија над субјектима који могу имати својство потенцијалног конкурента.²²⁴ Због тзв. ефекта преливања (енг. *spill-over effect*) таквих облика стицања контролног утицаја, постоји потреба за испитивањем њихових последица на конкуренцију у свим државама у којима послује транснационална компанија. У овим случајевима посебно долази до изражаја принцип екстратериторијалне примене националног права заштите конкуренције, јер критеријум за његову примену у већини правних система *није* седиште, нити национална припадност компанија које учествују у концентрацији, већ *ефекат* концентрације. Може се, због тога, рећи да је принцип екстратериторијалне примене права конкуренције у односу на прекограничне концентрације подигнут на ниво опште нормe.

У вези са овим проблемом, Модел закон упућује на интересантне случајеве испитивања ефеката прекограничних концентрација – немачке Савезне канцеларије за

²²³ Осим у Европској унији.

²²⁴ *Ibid*, ad 214, pp. 54-55.

картеле (*Buyer/Firestone; Phillip Morris/Rothmans*); јапанских власти (*Boeing/Jeppesen*); као и европске Комисије (*Boeing/McDonnell Douglas; Gillette/Wilkinson*).²²⁵

Поред различитих облика концентрација (спајања, преузимања, стицања значајног или контролног удела, заједничког пословног подухвата), као могућих узрока поремећаја конкуренције на релевантном тржишту (светском или регионалном), сличан учинак могу имати и повезане управе два или више привредних субјеката (енг. *'interlocking directorates'*). Таква управа може имати различите појавне облике: једно лице као члан одбора директора у два или више привредна субјеката; два или више заступника различитих привредних субјеката као чланови одбора директора једне фирме; у оба случаја, повезана управа може постојати између матичних компанија, као и између матичне и зависне компаније, или између зависних компанија.²²⁶ Повод настајању ових облика повезаности управе често је однос финансијске повезаности или узајамне зависности компанија у питању, или заједничко учешће у капиталу (повезана друштва). Наведени облик контроле често доводи до усаглашене пословне стратегије субјеката којима се управља, и то у виду заједничке политике цена, заједничког иступања на тржишту (поделе тржишта или клијената), вертикалне тржишне интеграције и реципрочних споразума између субјеката у питању. Када повезана управа обухвата финансијске и нефинансијске субјекте, може доћи до привилеговања чланова групе у односу на њихове конкуренте у погледу услова кредитирања.²²⁷

Повезана управа, на описане начине, представља метод изигравања чак и најбољих закона о заштити конкуренције. Због тога је у многим државама прописана обавеза претходне пријаве и одобрења повезане управе, без обзира да ли она постоји код субјеката који су у односу конкурентата, у вертикалном односу производње и дистрибуције, или код субјеката који послују у оквиру конгломерата.²²⁸

Из наведеног, јасно проистиче потреба пажљивог испитивања ефеката прекограничних преузимања или спајања у којима учествују транснационалне компаније, односно њихове филијале или огранци. Такође, значајан извор контроле над подређеним компанијама, али и заједничке пословне стратегије матичних и зависних компанија у *међународној трговини* представља напред описани институт повезаних

²²⁵ *Ibid.*, pp. 55.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.*

управа. Ради се о институту коме би у домаћој литератури и пракси примене права конкуренције требало посветити више пажње.

3. Закључак о ефектима активности UNCTAD-а у области конкуренције

Значај УН Сета принципа и правила о конкуренцији и Модел закона о конкуренцији може се сагледати из различитих углова. С једне стране, као што је напред већ наведено, УН Сет принципа и правила о конкуренцији представља, по својој садржини и циљевима, значајан мултилатерални извор права конкуренције. Ипак, његов значај у примени права конкуренције у великој мери ограничава неуспех иницијативе држава у развоју за стицање статуса *обавезујућег* правног извора. И поред тога, стручна јавност је препознала потенцијал постојећих принципа и правила Сета, што је нарочито дошло до изражаја приликом израде Нацрта Међународног кодекса заштите конкуренције (енг. *The Draft International Antitrust Code*, Munich, 1993). Иако није било политичког консенсуса за његово прихватање као плурилатералног правног извора заштите конкуренције, Нацрт се у стручној литератури помиње као једна од битних плурилатералних иницијатива за уједначавање права заштите конкуренције и ефективну заштиту конкуренције у оквирима међународне трговине.²²⁹ Један од пет основних принципа на којима се Кодекс заснива је и тај да национални прописи држава чланица Споразума (Кодекса) треба да усвоје сет минималних стандарда, руководећи се принципима УН Сета принципа и правила о конкуренцији из 1980. године.²³⁰

С друге стране, као што је напред наведено, УН Сет правила и принципа наглашава посебан положај неразвијених држава и држава у развоју, имајући у виду њихову потребу за транзицијом, индустријским развојем и стабилизацијом привредних односа и структуре, као и њихову изражену осетљивост у односу на транснационалне компаније. У том смислу, требало би уважавати ове принципе о неједнаким потребама држава приликом примене WTO Споразума о трговинским аспектима инвестиционих мера – TRIMS (енг. *WTO Agreement on Trade-Related Investment Measures – TRIMS*). Наиме, неразвијене државе и државе у развоју немају довољно стабилно и ефикасно тржиште капитала, као ни довољно финансијских средстава неопходних за остваривање

²²⁹ Kevin C. Kennedy, *Competition Law and the World Trade Organisation: The Limits of Multilateralism*, Sweet & Maxwell, 2001, pp. 110-111.

²³⁰ *Ibid.*, pp. 111.

привредног развоја. У циљу привлачења страног капитала у виду директних страних инвестиција (енг. *Foreign Direct Investment – FDI*), оне предузимају одређене позитивне или негативне инвестиционе мере. Негативне инвестиционе мере огледају се у условљавању одобрења стране инвестиције, са циљем умањења могућности монополизације тржишта од стране инвеститора и остваривања стратешких и развојних потенцијала домаћег тржишта. Неке од њих су: условљавање инвестиције извозом одређеног дела остварене производње на домаћем тржишту; обавеза инвеститора да у производњи користи компоненте које се производе на домаћем тржишту; обавеза рефинансирања дела остварене добити; ограничење репатријације добити, односно његовог одлива из земље; и тако даље. Наведене мере ограничења слободе пословања страног инвеститора забрањене су по правилима TRIMS-а. Опште дејство ових забрана може имати негативне последице на неразвијене државе и државе у развоју, имајући у виду да се њима пружа заштита интереса инвеститора (транснационалних компанија), на терет интереса и циљева држава домаћина страног капитала. С друге стране, повезаност тржишта под утицајем глобализације намеће потребу приступања Светској трговинској организацији, што даље подразумева *обавезу* државе чланице да поштује забране предвиђене TRIMS-споразумом. С тим у вези, намеће се закључак да су, у извесном смислу, изневерена очекивања земаља у развоју, изражена приликом доношења УН Сета правила и принципа о конкуренцији.

Модел закон о конкуренцији, с друге стране, даје општи пресек права и политике заштите конкуренције у земљама различитих нивоа развоја и потреба. Одликује се потребном флексибилношћу и квалитетом коментара предложених законских одредаба. Реч је о динамичном акту који се периодично допуњује и ревидира у складу са променама у области права и политике заштите конкуренције. У том смислу, Модел закон о конкуренцији представља користан инструмент државама са недовољно развијеним системом заштите конкуренције.

ГЛАВА V

ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У ПРАВНИМ АКТИМА

ОРГАНИЗАЦИЈЕ ЗА ЕКОНОМСКУ САРАДЊУ И РАЗВОЈ (OECD)

Организација за економску сарадњу и развој (енг. *Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD*) је међународна организација основана 1960. године. Она је природни следбеник Организације за европску економску сарадњу (енг. *Organisation for European Economic Co-operation, OEEC*), основане 1947. године у циљу реализације америчке и канадске подршке послератном економском опоравку европских држава.

Чланице OECD-а су углавном развијене земље, а циљ Организације је допринос развоју одрживе светске економије праћене порастом запослености становништва и животног стандарда. У том смислу, Организација представља место окупљања високих представника држава чланица, али и других држава и организација из владиног и невладиног сектора, у циљу размене искустава и ставова.

Највиши орган у структури OECD-а јесте Савет (енг. *the Council*), који има два сазива: први, који редовно заседа, састављен је од сталних представника држава чланица (енг. *permanent representatives*), и други, који заседа једном годишње на министарском нивоу. На састанцима сталних представника одлуке се доносе једногласно. С друге стране, министарски састанци одржавају се ради размене ставова држава чланица о битним питањима и ради усвајања програма рада Савета у наредном периоду.

Секретаријат OECD-а представља орган који обавља стручне, аналитичке и административне послове по налогу Савета. Истовремено, Секретаријат пружа подршку раду посебних радних тела OECD-а, тзв. комисија (енг. *committees*). Међу, отприлике, 200 комисија које обављају поверене послове у оквиру Организације,

налази се и Комисија за конкуренцију (енг. *Competition Committee*), као и Заједничка група о трговини и конкуренцији (енг. *Joint Group on Trade and Competition – JGTC*).²³¹

У оквиру Комисије за конкуренцију организују се окупљања високих државних представника у циљу размене искустава и ставова у области права и политике заштите конкуренције. Поред држава чланица и посматрача, ови састанци окупљају и представнике држава које немају тај статус. Одржавају се једном годишње под називом Глобални форум за конкуренцију (енг. *Global Forum on Competition, GFC*) и Латинско-амерички форум за конкуренцију (енг. *Latin American Competition Forum, LACF*).

Посебно значајан допринос OECD-а у области конкуренције представљају одлуке Савета, које могу имати форму препоруке (енг. *recommendation*), упутства (енг. *guidelines*), приказа најбоље праксе (енг. *best practices*), водећих принципа (енг. *guiding principles*), и др. Наведени правни извори представљају својеврсни извор права конкуренције у оквирима међународне трговине, иако немају обавезујуће дејство у односу на државе чланице OECD-а. Овде ће бити речи о најважнијим документима OECD-а у области заштите конкуренције, проистеклим из стручних извештаја и студија спроведених од стране Секретаријата, размене искустава и ставова на форумима, као и рада Комисије за конкуренцију.

1. OECD Упутство за мултинационалне компаније (*The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*)

1.1. Значај и циљеви

OECD Упутство за мултинационалне компаније је саставни део Декларације о међународним инвестицијама и мултинационалним компанијама,²³² усвојене 1976. године. Упутства су била предмет неколико ревизија, од којих последња на министарском састанку Савета OECD одржаном 25. маја 2011. године, на 50-ту годишњицу оснивања Организације.

²³¹ Више о организационој структури OECD-а, њеним циљевима и задацима, видети на сајту Организације: www.oecd.org и у књизи: Maher M. Dabbah, *International and Comparative Competition Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 130-141.

²³² *Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*.

Декларацију је подржало укупно 42 земље, од чега 34 државе чланице ОЕЦД-а и 8 држава које нису чланице.²³³ У уводном делу Декларације наведено је: да међународне инвестиције имају значајну улогу у светској економији и да доприносе развоју држава; да битну улогу у инвестиционом процесу имају мултинационалне компаније; да међународна сарадња може унапредити инвестициону климу и допринети позитивним резултатима мултинационалних компанија у односу на економски и друштвени развој и заштиту и унапређење животне средине; као и да се највећи позитиван учинак међународне сарадње у области инвестиција и мултинационалних компанија може остварити у оквиру усклађене мреже међусобно повезаних инструмената.²³⁴

Имајући у виду управо те, опште принципе о значају међународних инвестиција и потреби међународне сарадње у циљу остваривања позитивних учинака инвестиционог процеса, државе су Декларацијом заједнички подржале Упутства за мултинационалне компаније и препоручиле мултинационалним компанијама које обављају делатност на њиховој територији да их примењују.²³⁵ Државе чланице Декларације су, са своје стране, преузеле обавезу да компанијама које послују на њиховој територији, а налазе се у већинском власништву или под контролом страног субјекта (енг. „*foreign-controlled enterprises*“), обезбеде најмање једнак положај као и домаћим привредним субјектима. Ова обавеза држава чланица не утиче на њихово право да самостално одређују услове за пријем страних инвестиција и оснивање страних компанија.²³⁶

Поред тога, државе су потврдиле да ће, путем заједничке сарадње, спречавати појаву неусаглашених и супротних правних режима страних инвестиција у делу којим су прописане обавезе мултинационалних компанија. Потврђено је да ће државе чланице сарађивати у области директних страних инвестиција, тако што ће узети у обзир посебне интересе држава на које утичу позитивне и негативне инвестиционе мере других држава чланица. У том циљу, оне су се обавезале да ове мере учине јавним и доступним.²³⁷

²³³ Осам држава не-чланица које су подржале Декларацију (и Упутства о МНК у саставу Декларације) су: Аргентина, Бразил, Египат, Латвија, Литванија, Мароко, Перу и Румунија. Извор: *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011 edition, OECD, 2011, pp. 7.

²³⁴ *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011 edition, OECD, 2011, pp. 7.

²³⁵ *Ibid.*, pp. 8.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Ibid.*, pp. 9.

ОЕСД Упутство за мултинационалне компаније, као саставни део напред поменуте Декларације о међународним инвестицијама и МНК, носи поднаслов: „Препоруке за одговорно пословно понашање у глобалном окружењу“ (енг. *Recommendations for responsible business conduct in a global context*). Упутства садрже увод и једанаест посебних целина, за чије је потпуније разумевање Инвестициони комитет ОЕСД-а у проширеном саставу (држава потписница Декларације) усвојио текст коментара за сваку целину. Према напомени Секретаријата ОЕСД-а, ови коментари нису саставни део званичног текста Декларације о међународним инвестицијама и МНК.

Упутства представљају препоруке држава упућене мултинационалним компанијама. Њихов циљ је да обезбеде да компаније послују у сагласности са политиком владе, као и да допринесу изградњи основа за узајамно поверење између компанија и друштвене заједнице у којој послују. Поред тога, циљ Упутства је да се унапреди инвестициона клима и да се помоћу активности мултинационалних компанија обезбеди подршка одрживом развоју.²³⁸

Упутства садрже *добровољне* принципе и стандарде одговорног пословног понашања у складу са позитивним прописима и међународно признатим стандардима.²³⁹ Добровољност, међутим, не важи и за државе потписнице, јер су се оне обавезале (енг. „*made a binding commitment*“) да их примењују у складу са Одлуком ОЕСД Савета о ОЕСД Упутствима за мултинационалне компаније (енг. *Decision of the OECD Council on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*). Уз то, наглашено је да одређена питања која су предмет Упутства могу истовремено бити уређена и у националном законодавству, али и у међународним правним инструментима обавезне примене (енг. „*international commitments*“).

1.2. Структура и садржина

Први део Упутства носи назив: „*Концепти и принципи*“ (енг. „*Concepts and Principles*“). У оквиру тачке 4 наведено је да за примену Упутства није неопходна прецизна дефиниција мултинационалне компаније. Уместо такве дефиниције, овде је

²³⁸ *Ibid*, pp. 13 („Preface“).

²³⁹ *Ibid*, pp. 13, *Cit.* „*The Guidelines provide voluntary principles and standards for responsible business conduct consistent with applicable laws and internationally recognised standards.*“

указано да их обично чине компаније и други субјекти који су основани у више од једне земље и повезани тако да могу на различите начине да усклађују своје активности. Један или више субјеката у оквиру МНК може имати значајан утицај над осталим субјектима, који могу имати различити степен аутономије. МНК нису нужно само компаније у приватном власништву, већ и компаније у државном и мешовитом власништву. Притом, Упутства се односе на све субјекте који послују у оквиру МНК, било да је реч о матичним компанијама (енг. *parent companies*), или супсидијарним, локалним субјектима (енг. *local entities*).²⁴⁰

Други део Упутства носи назив: „*Опште одредбе*“ (енг. „*General Policies*“) и садржи листу обавеза које би привредни субјекти требало да поштују у држави у којој обављају делатност. Имајући у виду добровољност примене, као кључну карактеристику Упутства, обавезе МНК нису описане на начин који намеће императивност, већ речима попут: „*требало би*“ (енг. „*enterprises should*“) . . . „*да узму у обзир*“ (енг. „*take fully into account*“). Из тога би се могло закључити да већи значај имају одредбе Упутства које се односе на обавезе држава потписница (да омогуће правичан и једнак положај страних компанија, у складу са међународним обавезама и стандардима заштите и домаћим правом), у односу на одредбе које се односе на МНК. Стварност, међутим, указује да је већи број држава потписница Упутства значајан део његових одредби унео у домаће законе, чија примена обавезује МНК које послују на њиховој територији. Осим тога, приметно је да одредбе Упутства које се односе на МНК добијају постепено статус међународног стандарда добре пословне праксе. Тај процес се не одвија искључиво као добровољни, од стране МНК, већ и као модел пословања наметнут од стране државних и финансијских институција (као услов за добијање кредита или гаранције). Тако, на пример, неретко се као услов за добијање субвенције, извозног кредита, гаранције или полисе осигурања стране инвестиције, захтева од МНК, као подносиоца пријаве, да потпише изјаву (клаузулу) којом потврђује да су јој познате одредбе Упутства (фр. *avoir pris connaissance*). Тиме одредбе Упутства, иако у принципу добровољне у односу на МНК, стичу својство

²⁴⁰ *Ibid*, pp. 17. Више о 'МНК' ('ТНК'), видети: Витомир Поповић, Р. Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Бања Лука, Крагујевац, 2005, стр. 230.

међународног пословног стандарда, при чему њихово непоштовање може довести и до правне одговорности компаније.²⁴¹

Са аспекта конкуренције, значајне су следеће обавезе МНК: да допринесе економском, еколошком и социјалном напретку државе домаћина, са циљем постизања одрживог развоја, као и да подржавају принципе доброг корпоративног управљања и примењују добру корпоративну праксу (енг. *good corporate governance practices*).²⁴² У том смислу, МНК би требало да својим пословним активностима допринесе и остваривању развојних циљева државе домаћина инвестиције и примењују интерне механизме и поступке за смањење ризика (енг. *'carry out risk-based due diligence'*).

Државе у развоју међусобно конкуришу у привлачењу страних инвестиција. Неретко, оне то чине тако што страним инвеститорима нуде погодности које нису истовремено доступне домаћим субјектима (енг. *better-of-treatment*). Осим тога, државе често одустају од корисних механизма условног одобрења стране инвестиције, који подстичу јачање домаће привреде и конкурентност домаћих привредних субјеката. То су механизми за: упошљавање домаће радне снаге, коришћење савремених технологија, спречавање одлива остварене добити кроз репатријацију профита (уместо улагања дела профита у проширење постојеће или у нову инвестицију), ангажовање домаћих капацитета у сектору производње компонената сложених производа, смањивање негативног спољнотрговинског биланса, итд. У таквом режиму страних инвестиција, МНК имају већу слободу пословања, због чега ће се ретко, ако и уопште, јавити проблем непоштовања стратегије привредног развоја државе домаћина.

Иако је либералнији систем одобрења стране инвестиције привлачнији за МНК, дугорочне мере привредног развоја и стабилности једне земље не могу се засновати на очекиваном приливу страног капитала. Тај капитал је, пре свега, у функцији остваривања пословне стратегије и интереса компанија које инвестирају, али се њихови циљеви и пословни потези могу и неочекивано мењати, нарочито у периоду глобалне економске и финансијске нестабилности (кризе).

Обавеза поштовања развојних циљева државе домаћина добија на значају у рестриктивном систему одобрења страних инвестиција. Осим на изричито предвиђене обавезе инвеститора у домаћем законодавству, држава домаћин би се, по мишљењу

²⁴¹ Christian Schliemann: „Procedural Rules for the Implementation of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises – a Public International Law Perspective“, *German Law Journal*, Vol. 13, No. 01, 2012, pp. 57.

²⁴² Принципи и упутства доброг пословног управљања садржани су у следећим OECD документима: *OECD Principles of Corporate Governance*, *OECD Guidelines on Corporate Governance of State Enterprises*.

аутора, могла позивати и на обавезе из OECD Упутства. У том смислу, требало би водити рачуна да један од услова одобрења инвестиције буде обавезно потписивање клаузуле о примени Упутства у пословању на територији државе чланице. Само уз мере јачања домаће привреде и међународне конкурентности домаћих привредника, предузете упоредо са мерама умерене и добро планиране политике отварања тржишта за стране инвеститоре, могу се обезбедити услови за *одрживи* развој.²⁴³

Трећи део се тиче обавезе мултинационалних компанија да ставе јавности на увид правремене и тачне податке о материјалним чињеницама у вези са њиховим активностима, структуром, финансијском ситуацијом, пословним резултатима, власничком структуром и управљањем.²⁴⁴ У овом делу Упутства дата је и отворена листа материјалних чињеница које су предмет обавезе објављивања. Са аспекта заштите конкуренције, посебан значај има објављивање података о пословним трансакцијама између повезаних лица (енг. *related party transactions*), тачније, између субјеката који послују у оквиру заједничке МНК. Пословни акти између повезаних лица не сматрају се споразумима или усаглашеном праксом, у смислу картела и других облика повреде конкуренције. Управо зато, формално допуштене активности у оквиру групе могу имати за циљ или ефекат нарушавања конкуренције на релевантном тржишту, нарочито у оквиру конгломерата. Обједињавање производних и финансијских активности под окриљем МНК може довести до дискриминације при пружању финансијских услуга субјектима који не припадају групи. Осим тога, трансферне цене производа могу значајно утицати на смањење основе за опорезивање, и тако угрозити и буџетске интересе државе домаћина.²⁴⁵ Проблем се јавља због тога што мултинационална компанија, у циљу најоптималнијег искоришћавања локалних предности различитих тржишта, прелива тј. распоређује профит између својих чланица,

²⁴³ Једна од општеприхваћених дефиниција *одрживог развоја* дата је 1987. године од стране Светске комисије о животној средини и развоју (the Brundtland Commission), као: „развој који задовољава садашње потребе и не доводи у питање могућност будућих генерација да задовоље своје.“ Извор: *Ibid*, ad 234, pp. 21. f.n. 4.

²⁴⁴ *Ibid*, ad 234, pp. 27, („III. Disclosure“).

²⁴⁵ Трансферне цене су цене производа и услуга у промету између корпорација и филијала, односно огранака у оквиру мултинационалне компаније (МНК) – тзв. унутрашња трговина (енг. *intra-firm trade*). Недавно истраживање OECD-а је показало да овај облик међународне трговине представља чак 16% укупног светског извоза (извоз производа из филијале у којој је концентрисана производна активност у матицу), односно чак 1/3 светског извоза ако се томе дода и извоз на релацији матица-филијала, што потврђују и статистички подаци САД. Извор: OECD (2012), *Dealing Effectively with the Challenges of Transfer Pricing*, OECD Publishing (<http://dx.doi.org/10.1787/9789264169463-en>), pp. 14.

тако што остварену добит концентрише на територији са најблажим пореским системом. Међусобном трговином производа у оквиру групе уз помоћ тзв. трансферних цена, МНК себи обезбеђују бољи порески третман без потребе за премештањем пословних активности, имовине, ризика или функција.²⁴⁶ Такве активности, међутим, носе ризик угрожавања сигурности наплате поверилаца у држави домаћину из које се извозе производи, а нарушава се и буџетски суверенитет државе домаћина да ефективно контролише и врши наплату пореза на *стварну* пореску основицу.²⁴⁷ У Извештају OECD-а из 2012. године посебно је указано на изложеност држава у развоју напред наведеним ризицима трансферних цена. Наглашена је потреба ове групе држава да, с једне стране, заштите своју пореску основу и истовремено, с друге стране, наставе да привлаче директне стране инвестиције и олакшају прекограничну трговину.²⁴⁸ Упутства OECD-а за мултинационалне компаније препоручују мултинационалним компанијама да у интерној трговини поштују правило „ван домашаја руке“ (енг. „*the arm's length principle*“), као и правила посебног OECD Упутства о трансферним ценама (енг. *OECD Transfer Pricing Guidelines*).²⁴⁹

Заштита економских интереса потрошача један је од облика спречавања нелојалне конкуренције привредних субјеката. Иако, строго узев, повреда добрих пословних обичаја и праксе са циљем незаслуженог стицања предности над конкурентима *не представља повреду конкуренције* у смислу права заштите конкуренције – овај облик пословног понашања има, поред социјалних, и значајне економске последице. Због тога су у неким земљама одредбе о нелојалној конкуренцији саставни део закона о заштити конкуренције, као и одредбе о заштити интереса потрошача. OECD Упутства за МНК садрже и препоруке о *поштен*ом пословању, трговини и рекламној активности компанија у циљу заштите потрошача (енг. „*fair business, marketing and advertising practices*“).²⁵⁰ У том смислу, одредбе овог дела

²⁴⁶ OECD (2012), *Dealing Effectively with the Challenges of Transfer Pricing*, OECD Publishing (<http://dx.doi.org/10.1787/9789264169463-en>), pp. 14.

²⁴⁷ Александар Ђирић, *Међународно трговинско право – општи део*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2012, стр. 203.

²⁴⁸ *Ibid*, ad 246, pp. 68.

²⁴⁹ *Ibid*, ad 234, pp. 63.

²⁵⁰ *Ibid*, („VIII. Consumer Interest“). Више о непоштеној трговинској пракси и односу оглашавања и конкуренције, видети: Milena Jovanović Zattila: „Непоштена трговинска пракса“, *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права (зборник сажетака)*, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2010, стр. 112; и Milena Jovanović Zattila: „Оглашавање и конкуренција – ефекти примене“, *Право и привреда*, Београд, Удружење правника у привреди Србије, 2010, год. 47, бр. 7-9 (2010), стр. 601-618.

Упутства садрже препоруку за примену посебног правног извора – УН Упутства о политици заштите потрошача (енг. *UN Guidelines on Consumer Policy*).

Девети део Упутства односи се на науку и технологију.²⁵¹ Наглашено је да су мултинационалне компаније главни носиоци трансфера технологије преко државних граница. Употребом нових технологија у држави домаћину, МНК унапређују иновативни капацитет својих филијала и огранака, али и својих подуговарача и добављача.

Десети део Упутства је и најзначајнији са аспекта заштите конкуренције.²⁵² У том смислу, Упутства предвиђају обавезу МНК да поштују прописе државе домаћина из области заштите конкуренције, имајући у виду и законе држава у којима би могле наступити последице предузетих радњи у држави домаћину. Такође, наведено је да МНК треба да се уздржавају од закључивања споразума са конкурентима којима се нарушава конкуренција, а нарочито од закључења споразума којима се: договарају цене, усаглашено иступа на јавним тендерима, ограничава производња и одређују производне квоте, деле тржишта поделом клијената, добављача, територија или одређених пословних активности.

Упутства, даље, указују на потребу да МНК активно и ефективно сарађују са надлежним органима за заштиту конкуренције, тако што ће давати благовремене, потпуне и тачне податке на захтев ових органа. Уз то је наглашено да би МНК требало да размотре и могућност одрицања од позивања на забрану преноса (размену) поверљивих пословних података.

1.3. Ефекти и примена

ОЕСД Упутства за мултинационалне компаније не представљају само скуп препорука упућених компанијама, без активног надзора и улоге држава чланица ОЕСД и осталих држава потписница овог ОЕСД документа. Напротив, државе имају веома значајну улогу у промоцији Упутства и њиховој ефективној примени. Ова активност је уређена посебном Одлуком ОЕСД Савета о примени Упутства за мултинационалне

²⁵¹ *Ibid.*, („IX. Science and Technology“).

²⁵² *Ibid.*, („X. Competition“).

компаније, са изменама Одлуке из 2011. године.²⁵³ Главни орган примене Упутства је OECD Комитет за инвестиције (енг. *Investment Committee – IC*). Овом телу су подређени Национални центри за контакт (енг. *National Contact Points – NCP*), које су државе потписнице *дужне* да организују и који обављају промотивне активности, спроводе поступак испитивања пријављених повреда одредаба Упутства и решавају спорне ситуације у вези са применом Упутства у посебним случајевима.²⁵⁴ Поступак пред Националним центром за контакт (у даљем тексту: „НЦК“) може покренути свако ко посумња у повреду одредаба Упутства, укључујући невладине организације.²⁵⁵ Укратко, НЦК има улогу непосредног надзорног органа за примену Упутства на територији државе у којој се налази. Та улога је истражна, а потом и посредничка, јер су НЦК дужне да пруже институционалну и процесну подршку у поступку решавања спорних ситуација вансудским методама, као што су мирење или медијација. У случају позитивног исхода ових поступака закључењем споразума између страна „у спору“, НЦК састављају извештај који садржи опис проблема, податке о покретању и вођењу поступка, као и датум споразума. Уколико странке не постигну споразум, НЦК о томе издаје саопштење и доноси одговарајуће препоруке за примену Упутства.²⁵⁶

Надзор над испуњавањем наведених обавеза НЦК спроводи OECD Комитет за инвестиције, а по предлогу државе потписнице, OECD саветодавног тела, или *OECD Watch-a*.²⁵⁷

Многи аутори указују да овакав систем примене Упутства има готово све особине правног система, коме једино недостаје двостепеност, тачније, механизам преиспитивања препорука НЦК.²⁵⁸ У том смислу, ови аутори виде OECD као једну од међународних организација са јавно-правним овлашћењима, која су, пре глобализације, била у искључивој надлежности држава.²⁵⁹ Реч је о сасвим новом и критичком

²⁵³ Amendment of the Decision of the Council on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises („Implementation Procedures of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises“).

²⁵⁴ *Ibid*, ad 234, pp. 70.

²⁵⁵ Christian Schliemann: „Procedural Rules for the Implementation of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises – a Public International Law Perspective“, *German Law Journal*, Vol. 13, No. 01, 2012, pp. 54.

²⁵⁶ *Ibid*, pp. 54-55.

²⁵⁷ *Ibid*. Саветодавна тела (енг. *advisory bodies*) Организације за економску сарадњу и развој су: Саветодавни комитет за пословање и индустрију (енг. *The Business and Industry Advisory Committee – BIAC*), као и Саветодавни комитет синдиката (енг. *The Trade Union Advisory Committee – TUAC*).

²⁵⁸ Gralf P. Calliess & Moritz Renner, *Between Law and Social Norms: The Evolution of Global Governance*, 22 *Ratio Iuris* (RJ) 260, 276 (2009) – наведено према: *Ibid*, ad. 255, pp. 55, f.n. 28.

²⁵⁹ Armin von Bogdandy *et. al.*, *Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities*, 9 *Germ. L. J.* 1375, 1381-1386 (2008) – наведено према: *Ibid*, ad. 255, pp. 56, f.n. 29.

сагледавању савремених међународних односа и институција, означеном као *глобално управно право* (енг. „*Global Administrative Law approach*“).²⁶⁰

**2. Препорука Савета о сарадњи држава чланица у вези са
повредама конкуренције које утичу на међународну трговину
(*Recommendation of the Council Concerning Co-operation between Member countries on
Anticompetitive Practices affecting International Trade*)**

2.1. Значај и структура

Ова Препорука је донета 1967. године, након чега је више пута мењана (1973, 1979, 1986) и, последњи пут, 1995. године. Проистекла је из потребе да се утврде основни принципи сарадње између држава чланица у поступку *обавештавања, истраге и спровођења изречених санкција, размене података, координације истовремених поступака, консултација и мирења (концилијације)*. Структуру овог правног извора необавезног карактера чине три дела. Први је уводни и садржи упућивање на значај и међузависност савремене међународне трговине, заштите конкуренције и националног права држава које имају интерес за покретање поступка испитивања повреде конкуренције. Други део садржи препоруке државама о сарадњи при спровођењу поступка испитивања повреде конкуренције. Трећи део је Додатак који садржи водеће принципе о обавештавању, размени података, сарадњи у вођењу истраге и поступка за утврђивање повреде конкуренције, консултацијама и мирењу у вези са повредом конкуренције у међународној трговини.²⁶¹

Потреба за сарадњом између држава чланица постоји у случајевима када акти повреде конкуренције, предузети од стране привредних субјеката са седиштем у држави чланици, производе последице по интересе једне или више других држава чланица и штетно утичу на међународну трговину. Узајамна сарадња на појединачним случајевима испитивања повреде конкуренције проистиче из чињенице да *једнострана* примена домаћег права (државе у којој се налази седиште субјекта, или државе на чијој

²⁶⁰ Benedikt Kingsbury *et. al.*, *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 *Law & Contemp. Prob.* 15 (2005) – наведено према: *Ibid.*, ad 255, pp. 56, f.n. 30.

²⁶¹ Appendix, 'Guiding Principles for Notifications, Exchanges of Information, Co-operation in Investigations and Proceedings, Consultations and Conciliation of Anticompetitive Practices Affecting International Trade', C(95)130/FINAL, pp. 6.

територији наступају последице предузете радње) често задире у питања суверености друге државе. Поред тога, одлуке о изрицању и спровођењу мера заштите и казни услед повреде конкуренције често су неспроводиве у другој држави (услед одбијања надлежних органа замољене државе да поступе по захтеву друге државе).

Значај који OECD даје овој Препоруци произилази већ из Преамбуле, у чијим је завршним одредбама наведено да ће Комитет за право и политику конкуренције (енг. *Competition Law and Policy Committee*) имати улогу форума за размену ставова у вези са применом Препоруке, као и форума за одржавање консултација и мирења у случајевима повреде конкуренције у међународној трговини. Поред тога, указано је да би државе требало да узму у обзир одредбе Препоруке у преговорима за закључење билатералних споразума о сарадњи.

Примена основних принципа спровођења сарадње у складу са Препоруком не доводи у питање примену националног права држава које учествују у поступку, нити употребу дискреционих овлашћења надлежних органа за заштиту конкуренције у процени *националног интереса* за испитивање одређеног случаја повреде конкуренције. Државе би требало једна другој да доставе *обавештење* (енг. *notification*) о покретању поступка пред надлежним органом за заштиту конкуренције, у следећим ситуацијама:

- када постоји процена да ће бити потребно да се писаним путем затраже подаци доступни на територији друге државе чланице или више њих;
- када се поступак односи на акте (осим спајања привредних субјеката), учињене у потпуности или делимично на територији друге државе чланице или више њих, без обзира да ли је реч о приватним актима или актима чије предузимање захтева, подржава или одобрава извршна власт друге државе или више њих;
- када се основано може очекивати да ће започети поступак имати за последицу кривични поступак или други принудни поступак за извршење, који може утицати на битне интересе друге државе чланице или више њих;
- када поступак укључује казнене и друге мере којима се налаже предузимање неких радњи или забрањује одређено понашање на територији друге државе чланице;
- када се поступак односи на концентрацију (спајање), а испуњени су напред наведени услови, ако је један од учесника концентрације, или привредни субјект

који контролише тог учесника, основан или организован у складу са законима друге државе чланице; и

- у свакој другој ситуацији, када се у поступку пред надлежним органом покаже да предмет испитивања обухвата и битне интересе друге државе чланице или више њих.²⁶²

У Препоруци је, даље, наведено да обавештење о истрази и покретању поступка треба доставити у писаној форми, на начин који чланице означе у листи, коју саставља и ажурира Комисија за право и политику конкуренције. Обавештење треба доставити у најранијој могућој фази поступка, имајући у виду и потребу заштите интереса истраге и тајности података у поступку. Такође, обавештење би требало да буде довољно прецизно, како би обавештеној држави пружио довољан број квалитетних података на основу којих она може да процени могућност наступања последица по њене националне интересе.²⁶³

2.2. Принципи сарадње

Сарадња између надлежних органа у вези *истовремених* истражних поступака се препоручује увек када између држава постоји сагласност да је то у обостраном интересу, што је ствар процене у сваком појединачном случају. Такав облик сарадње не умањује аутономију надлежних органа за заштиту конкуренције (који учествују у сарадњи) да одлуке доносе самостално, тј. независно једни од других. Заједничко иступање ових органа у оквиру сарадње укључује нарочито следеће активности: обавештавање о временском оквиру и плану за доношење одлуке; размена чињеничних и аналитичких података и материјала, под законом прописаним условом заштите поверљивости и у складу са принципима заштите тајности података; упућивање предлога, под одговарајућим околностима, да субјекти под истрагом дозволе размену података између држава које сарађују у поступку, у обиму који дозвољава национално право; вођење разговора и преговора у вези са мерама заштите, нарочито када њихова примена подразумева одређено понашање на територији друге државе; обавештавање о

²⁶² *Ibid*, pp. 6-7 ('Notification').

²⁶³ *Ibid*, pp. 7-8 ('Procedure for notifying').

државама у којима је (или би требало да буде) пријављена планирана концентрација привредних субјеката.²⁶⁴

Слични принципи важе и када је у питању сарадња, односно, помоћ у вођењу истраге и главног поступка за утврђивање повреде конкуренције. Неке од посебних карактеристика ове сарадње су: помоћ у прикупљању података предузима се на добровољној основи; предузимање одговарајућих аката од стране надлежних органа власти замољене државе у циљу прибављања тражених података у форми исказа сведока или докумената, када то дозвољава национално право замољене државе; достављање података у јавном домену, тј. података доступних широј јавности замољене државе, који су у вези са релевантним понашањем или актом, као предметом испитивања.²⁶⁵ У погледу заштите поверљивости података, замољена држава може одбити сарадњу са државом која јој је упитила замолницу за сарадњу, уколико процени да национални прописи те државе не гарантују у довољној мери заштиту података.²⁶⁶

Сарадња између надлежних органа за заштиту конкуренције остварује се кроз међусобне консултације (енг. *consultations*). Препорука је да држава која је упутила обавештење другој држави управља поступком у оквиру правних и временских ограничења, на начин који омогућава тој држави да затражи формалне консултације, или да упути сопствене ставове поводом истраге или поступка. С друге стране, обавештена држава може одлучити да покрене поступак или изрекне санкције за исто понашање у складу са својим прописима. Ова могућност носи у себи извор међусобно конфликтних одлука органа за заштиту конкуренције. Управо зато, препорука је да све државе које учествују у консултацијама у пуној мери уваже исказане интересе и изражене ставове других држава, како би се могућност конфликта избегла или свела на најмању меру.²⁶⁷

На крају, битно питање представља тзв. мирење или концилијација (енг. *conciliation*) између држава чланица, када се у току консултација покаже да државе имају супротне ставове у погледу предмета истраге или поступка. Поступак мирења је добровољан – државе чланице се саглашавају да спорна питања изнесу пред тзв. миритеље (енг. *conciliators*), као независна трећа лица, са списка који води Секретаријат ОЕЦД Комисије за право и политику конкуренције. Комитет представља

²⁶⁴ *Ibid*, pp. 8 ('Co-ordination of investigation').

²⁶⁵ *Ibid*, pp. 8-9 ('Assistance in an investigation or proceeding of a Member country').

²⁶⁶ *Ibid*, pp. 9 ('Confidentiality').

²⁶⁷ *Ibid*, pp. 9-10 ('Consultations between Member countries').

институционални форум за подршку и организацију поступка мирења (енг. *Committee's good offices*), при чему се сам поступак спроводи по правилима која одреди председавајући Комитета у договору са државама чланицама које учествују у поступку.
268

Закључци којима се завршава мирење немају обавезујући карактер, а сам поступак остаје под заштитом тајности, уколико државе учеснице не одлуче друкчије.
269

3. Најбоља пракса формалне размене података између органа за заштиту конкуренције у истрагама против картела ***(Best Practices for the Formal Exchange of Information Between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations)***

3.1. Значај и структура

Предмет овог OECD документа је ужи у односу на претходно приказну Препоруку, имајући у виду да представља приказ најбоље праксе формалне размене података у истражном поступку против забрањених картела. Картели представљају најочигледнији и, по последицама, најзначајнији облик нарушавања конкуренције у међународној трговини, са несагледивим штетним последицама на конкурентност (националну и међународну), али и привреду држава у којима се остварују ефекти картела, као и на стандард потрошача (неоснованим захватањем потрошачког вишка). То указује и на значај самог документа, који додатно истиче чињеница да је реч о приказу *најбоље праксе*, а не о декларацији или препоруци одређеног деловања.

Декларације и принципи међудржавне сарадње у овој области садржани су у претходној Препоруци из 1995. године. Десетогодишње искуство у њиховој примени указало је на потребу да се усмери пажња ка најбољим облицима остварене сарадње у конкретним случајевима. Управо је то разлог за усвајање овог, посебног документа 2005. године.

Уводни део документа позива се на претходне правне изворе у области сарадње у откривању и кажњавању картела: *Препоруку Савета о сарадњи између држава*

²⁶⁸ *Ibid*, pp. 10 ('Conciliation').

²⁶⁹ *Ibid*.

чланица у вези са повредама конкуренције које утичу на међународну трговину,²⁷⁰ и Препоруку Савета о ефикасним мерама против забрањених картела.²⁷¹

У складу са наведеним препорукама ОЕСД-а, као и резултатима рада и ставовима Комитета за конкуренцију у области размене података у истраживању картела, државе чланице би требало да, у складу са својим законима, теже поједностављењу и убрзању поступка размене података, у циљу растерећења органа за заштиту конкуренције и стварања услова за ефективну и правовремену размену података.²⁷²

Изнети став, Комитет за конкуренцију је даље прецизније одредио помоћу следећих принципа:

Први принцип – Државе чланице могу одбити да удовоље захтеву друге државе за достављање података, или *ограничити и условити* своју сарадњу;

Други принцип – Размена *поверљивих* података претпоставља постојање ефективних заштитних механизма којима се спречава недозвољено одавање или употреба прослеђених података; односно, којима се обезбеђује заштита привилегованих информација, а нарочито оних које су поверене адвокату у току и у вези са обављањем дужности правног заступника лица које је извор информације (енг. *the legal profession privilege*).

Трећи принцип – Размена података се не сме штетно одразити на истражне радње против картела, нити на ефективност програма амнестије (енг. *amnesty programs*). У том циљу, наглашено је да су многе државе чланице већ усвојиле правила по којима подаци добијени од стране подносиоца захтева за амнестију *не могу бити предмет размене, осим ако сам подносилац, као корисник програма амнестије, не одлучи другачије*.

Четврти принцип – Надлежни органи власти држава чланица треба да обезбеде размену података *без угрожавања сигурности лица која су доставила обавештење о картелу* (енг. *informants*), између осталог, и тако што ће у одређеним случајевима одлучити да се не открије њихов идентитет.

²⁷⁰ *The Council's Recommendation concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade*, C(95)130/FINAL.

²⁷¹ *The Council's Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, C(98)35/FINAL.

²⁷² OECD, *Best Practices for the Formal Exchange of Information Between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations*, ad. 4.

Пети принцип – Регионалне организације и споразуми могу утврдити и већи степен сарадње између држава, уз мањи број услова и напред наведених заштитних механизма.²⁷³

3.2. Обим примене

У циљу ефективне размене података према наведеним принципима, одређене су границе примене предметног документа. Његове одредбе се примењују у ситуацијама када је потребно одговорити на захтев друге државе чланице за достављање података добијених из приватних извора, при чему се размена података обавља између надлежних органа за заштиту конкуренције односних држава, а у циљу спровођења истраге о постојању забрањених картела у складу са прописима (о заштити конкуренције) државе која упућује захтев. Одредбе овог правног извора не примењују се у описаној ситуацији, ако су предмет размене подаци чија размена није забрањена према праву замољене државе. Тачније, неопходно је да се ради о подацима чија је размена могућа једино у складу са посебним правилима међународног споразума или домаћег права.²⁷⁴

С друге стране, одредбе предметног правног извора не примењују се на поступак размене података између чланица регионалне организације или уговорница регионалног споразума, ако су те организације, односно споразуми усвојили посебна правила о размени података између органа за заштиту конкуренције. Поред тога, оне се не примењују ни у односу на приватне судске поступке (енг. *private litigation*).²⁷⁵

Основни принципи размене података су, даље, разрађени у групи одредаба под називом: „*Заштитне мере за формалну размену података*“. ²⁷⁶ Тако је предвиђено да би формалном захтеву за достављање података требало да претходе узајамне консултације о условима замољене државе за размену, као и гаранција државе која је упутила захтев да ће, у складу са домаћим правом, у највећем могућем обиму очувати поверљивост информација.²⁷⁷ Захтев за достављање података треба да буде потпун, односно да садржи довољно чињеница које потврђују правни интерес државе која

²⁷³ *Ibid*, ad. 5.

²⁷⁴ *Ibid*, „I. Information Exchanges Covered by These Best Practices“, ad. A.

²⁷⁵ *Ibid*, ad. C.

²⁷⁶ *Ibid*, „II. Safeguards for Formal Exchanges of Information“.

²⁷⁷ *Ibid*, „A. Authority to Exchange Information“, ad. 1.

упућује захтев и омогућују замољеној држави да по истом ефективно предузме одговарајуће мере.²⁷⁸ Разлози због којих замољена држава може да одбије да поступи по захтеву су, нарочито: ако се поступак у вези кога се траже подаци води поводом оних облика понашања који се, према праву замољене државе, не сматрају забрањеним картелом; ако би поступање по захтеву представљало несразмеран терет за замољену државу или би угрозило истражни поступак који воде њени органи; ако замољена држава верује да поверљиве информације неће имати адекватну заштиту у држави која упућује захтев; ако спровођење захтева не би било у складу са законима замољене државе; ако би поступање по захтеву било супротно јавном интересу замољене државе.²⁷⁹ Замољена држава, ипак, може одлучити да поступи по захтеву за размену података и поред наведених разлога, уз одговарајуће услове или ограничења.²⁸⁰

Достављене податке би држава требало да користи *искључиво* у сврхе спровођења истражних радњи о постојању картела, у складу са домаћим прописима о заштити конкуренције и у вези са околностима наведеним у захтеву. На овај начин добијене податке може користити *једино* орган који је надлежан за спровођење таквих радњи (енг. *enforcement authorities*). Уколико закони замољене државе омогућавају примену поверљивих података и у *јавноправним (управним) поступцима* (енг. *public law enforcement*), онда ова држава може изричито одобрити и такву употребу прослеђених података.²⁸¹

У вези са напред поменутих тзв. привилегованих подацима, предвиђено је да држава која упућује захтев за достављање података треба да обезбеди поштовање забране коришћења самооптужујућих података (енг. *privilege against self incrimination*) у кривичном поступку против физичких лица.²⁸² Такође, ова држава би требало да предузме све мере које су неопходне у циљу спречавања неовлашћеног одавања добијених података. У случају да дође до пропуста, држава ће одмах предузети све мере за спречавање наступања штетних последица или њихово умањење, и о свему обавестити замољену државу (која ће, са своје стране, одлучити да ли ће о одавању података обавестити извор информације).²⁸³

²⁷⁸ *Ibid*, ad. 2.

²⁷⁹ *Ibid*, ad. 3.

²⁸⁰ *Ibid*, ad. 4.

²⁸¹ *Ibid*, „B. Provisions Concerning Confidentiality, Use, and Disclosure in the Requesting Jurisdiction“, ad. 2.

²⁸² *Ibid*, ad. 4. Слична ограничења важе и у односу на заштиту привилегованих података добијених у поступку обављања дужности правног заступника (адвоката).

²⁸³ *Ibid*, ad. 5.

4. Препорука Савета у вези са ефективним мерама против забрањених картела (*Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels 1998*)

4.1. Значај акта и обим примене

У преамбули ових OECD Препорука ²⁸⁴ поновљени су неки општи ставови о значају конкуренције за унапређење светске привреде. Тако је, позивањем на одредбе ранијих Препорука Савета наведено да „*ефективна примена политике конкуренције има важну улогу у промоцији светске трговине, стварањем динамичних националних тржишта и ублажавањем или умањењем увозних баријера*“, ²⁸⁵ при чему „*неконкурентни облици понашања могу представљати препреку ка остваривању економског раста, експанзије трговине и других економских циљева држава чланица*“.
²⁸⁶

Такође је указано на потребу укидања или рестриктивног прописивања изузетака од примене права конкуренције у државама чланицама. Изузеци не треба да превазилазе оквире нужних мера за постизање циљева чијем остварењу служе. Истовремено, потребно је тежити ограничавању могућих основа за увођење нових и продужавање постојећих изузетака, тако што ће њихово опстајање моћи да оправдају само докази о преовлађујућем јавном интересу који се не може задовољити на други начин.

Имајући у виду да велики број случајева неконкурентског понашања привредних субјеката остварује последице у више од једне државе чланице (ефекат преливања, енг. *spill-over effect*), указано је на неопходност унапређења међудржавне сарадње у поступцима откривања, испитивања и кажњавања преступника. У том смислу, наведено је да *картели* представљају најтежи облик повреде права конкуренције, јер оштећују потрошаче у већем броју држава увећавањем цене производа и ограничавањем понуде. Тиме производи постају потпуно недоступни социјално угроженим потрошачима, или доступни по изузетно и неоправдано високим

²⁸⁴ OECD, *Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, C(98)35/FINAL.

²⁸⁵ C(86)65(Final).

²⁸⁶ C(95)130/FINAL.

ценама. Осим тога, картели на међународном плану доводе до стварања тржишне моћи, неефикасности и губитака у државама у којима делују и у којима се остварују њихови ефекти.

Сарадња држава у примени права заштите конкуренције у овој области огледа се, пре свега, у ефективној размени података. Предуслов такве размене података, који веома често имају својство *поверљивих* података, јесте постојање стабилних механизма њихове заштите у држави која учествује у размени, или упућује другој држави чланици захтев за њихово достављање. Принципи ефективне размене поверљивих података су потпуније разрађени касније донетим правним документом OECD (*Best Practices*) из 2005. године, чија је садржина изнета у претходном делу рада, па се овде неће понављати.

Као што је напред наведено, Препоруке из 1998. године представљају основ за доношење акта из 2005. године. И поред тога, неопходно је њихово заједничко сагледавање, јер Препоруке имају јачи правни ауторитет у односу на документ о најбољој пракси. Поред тога, документ из 2005. године упућује на дефиницију *картела* која је дата у Препорукама из 1998. године.²⁸⁷ Према тој дефиницији, забрањени картел (енг. '*a hard core cartel*') представља антиконкуренијски (енг. *anticompetitive*) споразум, усаглашену праксу или аранжман конкурената, којима се одређују цене, усаглашавају понуде на јавним тендерима, ограничава производња или договарају производне квоте, деле тржишта поделом клијената, добављача, територија или делатности.²⁸⁸ Истовремено, појам картела је одређен и негативно, тако што је наведено да исти не обухвата споразуме, усаглашене праксе или аранжмане који су: 1. разумно повезани са дозвољеним циљевима увећања ефикасности производње или трговине, преко смањења трошкова и унапређења квалитета производа; 2. непосредно или посредно изузети од примене права државе чланице; или 3. одобрени у складу са тим правом.²⁸⁹ Наглашено је да сви изузеци од примене права заштите конкуренције морају бити транспарентни, као и да би њихова оправданост требало да буде предмет периодичне ревизије.²⁹⁰ У циљу обезбеђења транспарентности, одређено је да Комитет

²⁸⁷ *Ibid.*, f.n. 373 (ad 2, f.n. 3).

²⁸⁸ *Ibid.*, f.n. 385 (I.A, ad. 2).

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ OECD-овим Препорукама о процени ефеката државних мера и прописа на конкуренцију (2009) утврђени су и препоручени принципи према којима би државе чланице требало да врше идентификацију мера и прописа којима се неоправдано ограничава конкуренција, као и периодичну ревизију таквих мера

ОЕСД за право и политику конкуренције води евиденцију свих изузетака од примене права конкуренције, као и одобрених картела, сходно датом одређењу тог појма.²⁹¹

4.2. Принципи међудржавне сарадње

Ефективна сарадња држава у борби против међународних картела подразумева – поред ефикасних механизма заштите поверљивих података – постојање стабилних и ефикасних домаћих прописа у области заштите конкуренције.²⁹² У том смислу, државама је дата препорука да унапреде законе о заштити конкуренције тако што ће прописати ефикасне санкције и поступке, а институцијама дати овлашћења неопходна за откривање и кажњавање картела, прибављање докумената и информација, као и за изрицање казни због непоступања по налогу надлежног органа.²⁹³

Такође, дата је препорука да државе у примени домаћег права заштите конкуренције уважавају интересе других држава чланица. Ово *уважавање* (енг. „*comity*“) може се у пракси остварити на два начина: при доношењу одлука и мера које могу имати одређени утицај на друге државе чланице и субјекте под њиховим суверенитетом (енг. „*negative comity*“); и при уважавању захтева друге државе чланице за покретање поступка у складу са сопственим правом конкуренције у циљу откривања и кажњавања картела чије се последице остварују на територији државе чланице која је упутила захтев (енг. „*positive comity*“).²⁹⁴

У сваком случају, наглашено је да замољена држава може *одбити* да поступи по захтеву друге државе за помоћ, или *ограничити* и *условити* своју сарадњу. То може учинити, уколико сматра да би поступање по захтеву било супротно домаћем правном поретку, или да не би било у сагласности са њеним важним интересима, као и по неким другим основима, као што је преоптерећење институционалних капацитета или одсуство постојања заједничког тј. обостраног интереса за спровођење истраге или поступка у питању.²⁹⁵

и прописа, са циљем њиховог укидања или замене. Видети: OECD, *Recommendation of the Council on Competition Assessment*, 22 October 2009 – C(2009)130.

²⁹¹ *Ibid.*, f.n. 385 (II, ad. 1).

²⁹² *Ibid.*, I.A. “Convergence and Effectiveness of Laws Prohibiting Hard Core Cartels”.

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ Видети: OECD, Competition Committee, Global Forum on Competition: „*Improving International Co-operation in Cartel Investigations*“, 13-Feb-2012, DAF/COMP/GF(2012)6, p. 5.

²⁹⁵ *Ibid.*, B. “International Co-operation and Comity in Enforcing Laws Prohibiting Hard Core Cartels”.

Од посебног значаја за даље унапређење међусобне сарадње држава чланица у откривању и кажњавању међународних картела јесте и препорука за закључивање билатералних или мултилатералних споразума, као и других инструмената којима би се определио правни оквир сарадње.²⁹⁶

Поред тога што води евиденцију о изузецима од примене закона и одобреним картелима, OECD Комитет за политику и право конкуренције представља и форум за консултације у примени Препорука. Глобални форум на тему унапређења међународне сарадње у истражним поступцима против картела одржан је почетком 2012. године. Документ OECD-а који је сачињен поводом овог форума²⁹⁷ садржи преглед свих до сада доступних правних извора сарадње између органа за заштиту конкуренције (мултилатералних, регионалних, билатералних и националних), са посебним освртом на појачани интензитет неформалне сарадње. Истовремено је указано на неке изазове и препреке ка остваривању интензивније и ефективније сарадње у размени поверљивих информација и заједничком предузимању истражних радњи (пре свега, тзв. „*претреса изненађења*“, енг. „*dawn raids*“).

У том смислу, посебно је наглашено да је размена и прикупљање поверљивих информација (по захтеву надлежних органа друге државе) и даље зависна у великој мери од домаћег права замољене државе којим је уређена област прикупљања, обраде и коришћења података о личности – чак и када су односне државе закључиле билатерални споразум о сарадњи у поступцима примене права заштите конкуренције. Тако, на пример, према праву Немачке, размена и прикупљање поверљивих података (на захтев друге државе) могући су једино уколико извор информације да свој изричити пристанак (енг. *waiver*). С тим у вези, указано је на значај међусобног усклађивања програма амнестије (енг. *'leniency/amnesty programs'*) који се примењују у односу на чланове картела који сарађују са надлежним органом пружањем потребних информација о постојању, организацији и деловању картела – са циљем остваривања привилегованог положаја у односу на остале чланове, у виду ослобођења (енг. *amnesty*) од плаћања новчане казне, односно издржавања казне затвора, или њиховог умањења (енг. *leniency*). Постоји тенденција да чланови картела подносе пријаву за учешће у програму истовремено у више различитих јурисдикција у којима је картел непосредно

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ OECD, Competition Committee, Global Forum on Competition: „*Improving International Co-operation in Cartel Investigations*“, 13-Feb-2012, DAF/COMP/GF(2012)6.

деловао, односно, у којима су наступиле последице његовог деловања. Овим се обезбеђује потпунији и сигурнији ниво заштите доушника (члана картела, односно одговорног лица при субјекту који је члан картела), што их мотивише на добровољно одрицање од позивања на правно гарантовану заштиту поверљивих података. Ту чињеницу би, у наредном периоду, требало и формално признати путем допуне усвојених програма амнестије, тако што би се одрицање од позивања на поверљивост података предвидело као *услов* за учешће у програму.²⁹⁸

И поред значајних могућности за унапређење међудржавне сарадње коришћењем програма амнестије, присутни су одређени изазови који умањују њен пун капацитет. Пре свега, постоји проблем доступности списа и докумената прикупљених у поступку примене програма амнестије трећим лицима, која по закону о заштити конкуренције имају право да судским путем траже накнаду штете причињене повредом конкуренције. Такав проблем се у Европској унији појавио у случају *Pfleiderer v. Bundeskartellamt*²⁹⁹, одбијањем немачког *Bundeskartellamt-a* (надлежног органа за заштиту конкуренције) да одобри захтев оштећеног привредног субјекта за приступ документима прикупљеним у току спровођења програма амнестије. Оштећени (подносилац захтева за приступ документима) покренуо је судски поступак за укидање предметне одлуке органа за заштиту конкуренције пред надлежним локалним судом (*Amtsgericht*), који је предмет проследио на мишљење Европском суду правде. Одлуком Европског суда указано је на двојако дејство ускраћивања приступа наведеној врсти докумената. С једне стране, судском одлуком се признаје да би приступ документима могао да угрози кредибилитет и ефективност програма амнестије. Истовремено је, с друге стране, наглашено да таква опасност не представља довољан разлог да би се довело у питање остваривање права оштећених лица на подношење тужбе за накнаду штете, настале услед повреде конкуренције. Суд је закључио да је, у одсуству европског правног акта (уредбе, енг. *regulation*) којим би се ово питање уредило, исто у надлежности домаћих судова који ће одлуку доносити према околностима сваког појединачног случаја (енг. „*on a case-by-case basis*“). Предмет је, у том смислу, прослеђен назад надлежном немачком суду, који је 30. јануара 2012. године потврдио одлуку *Bundeskartellamt-a* о ускраћивању приступа документима прибављеним у

²⁹⁸ *Ibid*, pp. 22-23.

²⁹⁹ Case C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, Judgment of the European Court of Justice of 14 June 2011 – наведено према: *Ibid*, ad 297, pp. 28.

поступку примене програма амнестије.³⁰⁰ Ова одлука је била повод за подношење иницијативе немачког савезног министарства за економију за допуну закона о конкуренцији, како би се и правно обезбедила заштита докумената прибављених у оквиру програма амнестије.³⁰¹

Остали изазови на путу потпуне сарадње држава у поступцима откривања и санкционисања картела, означени су као: различито правно дефинисање појма *поверљивости*, односно *поверљиве информације* која је предмет заштите у складу са домаћим законима;³⁰² одсуство тзв. *двојног криминалитета* картела (енг. *lack of dual criminality*);³⁰³ недовољност људских и институционалних капацитета за примену права заштите конкуренције у *државама у развоју*;³⁰⁴ проблем *извозних картела* који у највећем броју развијених држава нису предмет забране и санкционисања.³⁰⁵

Значај наведеног OECD документа продубљује завршни део у коме су, на општи начин, понуђена могућа решења за превазилажење описаних проблема у сарадњи између држава.³⁰⁶

5. Препорука Савета о испитивању концентрација ***(Recommendation of the Council on Merger Review 2005)***

Препорука се заснива на претходно усвојеним препорукама међудржавне сарадње у поступцима испитивања повреда конкуренције које утичу на међународну трговину. Принципи те сарадње изложени су у правном инструменту OECD-а из 1995. године, о коме је било речи у претходном делу.³⁰⁷ Растући број правних система у којима је предвиђена обавеза испитивања концентрација привредних субјеката (путем претходног одобрења по пријави учесника концентрације, или путем накнадног испитивања ефеката већ остварене концентрације), заједно са забележеним растом светске трговине (условљене либерализацијом тржишта) – наметнули су потребу за

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ Bundeskartellamt Press Release, „Decision of Local Court of Bonn Strengthens Leniency Programme“, 30 January 2012 – наведено према: *Ibid.*

³⁰² *Ibid.*, ad 297, pp. 28.

³⁰³ *Ibid.*, pp. 29.

³⁰⁴ *Ibid.*, pp. 30-31.

³⁰⁵ *Ibid.*, pp. 32.

³⁰⁶ *Ibid.*, pp. 40.

³⁰⁷ OECD, *Council's Recommendation concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade* (C(95)130/FINAL).

упоредно истраживање права заштите конкуренције у овој области и унапређење сарадње између држава по питању испитивања тзв. транснационалних концентрација. У том циљу, OECD Комитет за право и политику конкуренције спровео је неопходна истраживања, чији су резултати (поред претходно означеног извора) чинили полазну основу за доношење ових Препорука.³⁰⁸

Имајући у виду да нема ефективне сарадње између држава у поступку испитивања концентрација у одсуству стабилних и ефикасних домаћих прописа у тој области, први део Препорука садржи принципе на којима би требало засновати те прописе: принцип заснивања јурисдикције (надлежности) домаћих органа само у односу на концентрације које имају довољно јаку везу са домаћим поретком; употреба јасних и објективних критеријума при утврђивању услова обавезне пријаве концентрације, односно, услова за покретање поступка ревизије већ спроведених концентрација; принцип разумности нормативних захтева у погледу врсте информација које треба навести у пријави или у поступку ревизије; принцип примене скраћеног поступка испитивања и одобрења концентрација које не изазивају сумњу о постојању штетних последица на конкуренцију; принцип разумне слободе учесника концентрације у доношењу одлуке о томе када ће доставити обавештење о намераваној концентрацији, и др.³⁰⁹

У делу Препорука које се односе на принципе усклађивања и сарадње (енг. *coordination and cooperation*), наведено је да државе треба да избегавају доношење оних мера или санкција које ће бити у супротности са мерама и санкцијама предузетим у другим државама.³¹⁰ Ово правило представља поновљени принцип уважавања интереса других држава у примени домаћег права на случајеве који имају прекограничне (транснационалне) ефекте (енг. *'negative comity'*). Затим, државе чланице би требало да теже унапређењу поступка узајамне координације и сарадње, стварањем правног оквира у домаћем законодавству и закључивањем билатералних и мултилатералних споразума.³¹¹ Поред тога, требало би промотивно утицати на учеснике у концентрацији указивањем на погодности и уштеде од истовременог подношења пријаве концентрације (код постојања надлежности већег броја држава поводом истог случаја)

³⁰⁸ Committee on Competition Law and Policy, *Merger Cases in the Real World, A Study of Merger Control Cases*, (OECD 1994); CCLP, *Report on Notification of Transnational Mergers* (DAFFE/CLP(99)2/FINAL).

³⁰⁹ OECD, *Recommendation of the Council on Merger Review*, 2005 (I. A. *Notification and Review Procedures*).

³¹⁰ *Ibid.*, (I. B. *Coordination and Cooperation*), ad. 1.

³¹¹ *Ibid.*, ad. 2.

³¹² и одрицања од забране размене поверљивих информација. ³¹³ С тим у вези, потребно је да државе чланице установе систем заштите у вези са статусом и коришћењем поверљивих информација, добијених у поступку сарадње са другим државама. ³¹⁴

ГЛАВА VI

МЕЂУНАРОДНА ИНСТИТУЦИОНАЛНА САРАДЊА У ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Под институционалном сарадњом подразумевамо *непосредну* сарадњу између надлежних органа две или више држава у примени права заштите конкуренције. Овај облик међудржавне сарадње на *суб-националном* нивоу (без посредовања дипломатских органа и органа управе надлежних за односе са иностранством) одвија се у правним оквирима *међудржавних билатералних споразума о примени права конкуренције*. Питања сарадње су, у највећој мери, питања *процесно-институционалног карактера*, због чега њихов потенцијални допринос хармонизацији права конкуренције треба тражити управо у тој области. Поред билатералних споразума, правни оквир институционалне сарадње могу чинити и оснивачки и статутарни акти тзв. аморфних организација (без сталног секретаријата и чврсте организационе структуре), типа „*мреже*“. Ради се о тзв. *Европској мрежи конкуренције* (енг. *European Competition Network, ECN*), која има изражен *наднационални карактер*, заснован на вертикалном односу између Европске комисије и националних органа држава чланица за заштиту конкуренције. Поред тога, од 2001. године међународна институционална сарадња одвија се и у оквиру нове организације *универзалног карактера – Међународне мреже за конкуренцију* (енг. *International Competition Network, ICN*). Она, за разлику од Европске мреже, нема наднационални карактер, иако поседује значајан потенцијал за

³¹² Концентрације у којима учествују велике мултинационалне компаније могу бити предмет испитивања у изузетно великом броју држава истовремено. Један од таквих примера забележен је у случају компаније *Exxon Mobile*, када је тај број достигао око 40 различитих јурисдикција. Извор: William E. Kovacic, *Can Exxon Mobilize?* – наведено према: Spencer Weber Waller, 'The Twilight of Comity', *Columbia Journal of Transnational Law*, 2000, pp. 574-5, f.n. 52.

³¹³ *Ibid*, ad. 3.

³¹⁴ *Ibid*, ad. 4.

остваривање тзв. тихе, или еволутивне хармонизације правних правила у области заштите конкуренције. И то, не само правних правила процесно-институционалног типа (као код билатералних уговора о сарадњи), већ и значајног дела правних правила материјалне природе.

Билатерална сарадња је данас уобичајени облик сарадње између држава у примени права конкуренције у међународној трговини. Она је, чешће, званична, односно формална, имајући у виду да институције надлежне за примену права конкуренције или пружање правне помоћи остварују сарадњу у оквирима билатералног споразума између држава. Поред тога, постоји и неформални облик билатералне сарадње у одсуству билатералног споразума. Иако ефекти такве сарадње нису занемарљиви, она, у већој мери од званичне билатералне сарадње, зависи од нивоа економске повезаности држава, степена њиховог развоја и сличности правно-институционалних система.

Билатерална сарадња у области заштите конкуренције се постепено развијала у периоду након Другог светског рата. Све до '60-тих година прошлог века, основни инструмент заштите домаћих потрошача и привредних субјеката од негативних последица повреде конкуренције учињене *изван граница* домаће државе (на међународном тржишту) – састојао се у *једностраној (екстратериторијалној) примени домаћег права конкуренције*. Овај облик примене права конкуренције је и даље доступан, али је у значајној мери ревидиран захтевом за већим уважавањем интереса других држава, као и признавањем нужности унапређења сарадње између држава у циљу спречавања негативних последица једностраности. Једнострана примена права конкуренције у *изворном облику* представљала је готово *дискреционо право* државе да – супротно принципу територијалног (објективног), а често и персоналног (субјективног) критеријума разграничења надлежности – сопствено право и поступак заштите конкуренције примени у односу на акте и радње предузете на територији друге државе, као и у односу на субјекте (физичка и правна лица) који се налазе изван њене територије. Наведено, под условом да се *ефекти* таквих радњи остварују на територији државе примене права, и то у виду негативних последица на конкуренцију домаћег тржишта или на извозне могућности њених привредних субјеката, као и у виду штете коју трпе домаћи потрошачи. Екстратериторијалну примену права конкуренције спроводили су, у највећој мери, судови Сједињених Америчких Држава, што је у

другим државама сматрано недопустивом повредом њиховог суверенитета и наилазило на отпор институција и привреде.

Либерализација међународне трговине допринела је експанзији прекограничних токова робе и услуга, али и директних страних инвестиција и финансијских инструмената. Уобичајени концепт производње и спољнотрговинске размене замењен је новим организационим облицима производног процеса, који се одвија у две или више држава, и новим облицима спољнотрговинске размене који превазилазе обичан извозни посао, схваћен у традиционалном смислу. Наиме, производња се из државе домаћина (државе седишта фирме) измешта у државе са повољнијим условима и факторима који утичу на повећање профитабилности, као што су: извори природних богатстава, чије је коришћење доступно приватним субјектима (концесије); јефтина радна снага; пореска ослобођења и олакшице; стимулативне мере државе за привлачење директних страних инвестиција (субвенције и др), погодан географски положај и развијена инфраструктура; квалификована радна снага; политичка стабилност и кредибилност институција; повољно законско и административно окружење које не спутава привредне активности; правна сигурност; високи ниво заштите права интелектуалне својине, и тако даље.

Наведене промене су утицале и на промену традиционалног положаја неких држава у светској привреди. Тако су САД од земље извознице постале увозно зависне (услед експанзије домаће потрошње условљене дугогодишњим привредним растом и спољнотрговинским суфицитом). Томе су велики допринос дале мултинационалне компаније, које су робу произведену у другим државама извозиле у државу матицу, путем тзв. унутаркомпанијске трговине (енг. *'intra-firm trade'*). Овим су САД постале подложније утицајима одлука иностраних органа заштите конкуренције, који су и сами почели да спроводе неки облик *екстратериторијалне* примене права конкуренције. Имајући у виду од раније спознате негативне последице једностраности у примени домаћег права, САД су и саме прихватиле концепт уважавања интереса других држава и међудржавне сарадње (енг. *'comity'*). Тиме је започео нови период примене права конкуренције у међународној трговини, заснован на поменутом принципу уважавања (*'comity'*) и билатералној сарадњи између држава и њихових институција. Процес билатерализације је и сам развојни, тако да већина аутора разликује три, или чак четири генерације билатералних споразума о сарадњи држава у примени права конкуренције.

Због потребе да се потпуније укаже на подстицаје и еволутивни ток билатералне сарадње, овај део рада садржи четири мање целине. Прва даје општи приказ *једностране (екстратериторијалне) примене права конкуренције*; друга целина има за циљ да пружи потпунији приказ „*comity*“ (читај: „*комити*“) *принципа; билатерална сарадња у заштити међународне конкуренције* објашњена је у трећој целини; док четврту целину чини приказ новог, неформалног облика међународне институционалне сарадње на нивоу тзв. „мреже“ националних органа за заштиту конкуренције.

1. Екстратериторијална примена права конкуренције

1.1. Порекло института; правни и политички основ примене

Право заштите конкуренције у Сједињеним Америчким Државама утемељено је на традиционалном негативном ставу нације и државе према картелима, односно споразумима (енг. *'trusts'*) између конкурената, чији је циљ стварање монопола на тржишту, а на основу споразумног повећања цене, утврђивања производних квота, или поделе тржишта и клијената. Основна намера америчког Конгреса приликом доношења Шермановог закона 1890. године била је да се обезбеди стабилна правна основа за беспопштеду борбу државних органа против ових облика организовања привредних субјеката. Непосредни повод усвајању закона је монополизација америчког тржишта од стране великих компанија (енг. *'big business'*), пре свих, компаније *Standard Oil* која је имала монопол у производњи и дистрибуцији нафте. Основана је 1882. године, а под својом контролом је објединила око 40 корпорација и ортачких друштава ограничене одговорности.³¹⁵ Сенатор Шерман, по коме је закон добио име, указао је у свом обраћању Конгресу 1890. године на стање опште забринутости нације у вези са појавама које прете да угрозе социјални поредак, а које, путем концентрације капитала и повезивања компанија, контролишу производњу и трговину и спречавају конкуренцију. Те компаније намећу услове и контролишу велика транспортна предузећа, а њихови моћ и утицај досежу и до саме државе. Према речима сенатора Шермана, постоји опасност да читава привреда пређе у руке трустова који ће потпуно

³¹⁵ Судски поступак против овог конгломерата окончан је 1911. године одлуком којом је наложено издвајање и осамостаљивање 36 америчких нафтних компанија (*Standard Oil Co. v. U.S.*, 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619 (1911)) – Наведено према: *Fugate, Foreign Commerce and the Antitrust Laws*, Volume I, Aspen Publishers, 1996, pp. 2.

самостално одређивати цене производа, чему се само Конгрес може ефикасно супротставити.³¹⁶

Шермановим законом проглашен је противзаконитим сваки уговор, повезивање у форми труста, или другој форми, као и тајни споразум, којим се ограничавају трговина или привредни токови између неколико држава (федералних јединица), или са иностраним нацијама (члан 1). Поред тога, квалификовано је као кривично дело свако стицање монопола, или покушај стицања монопола, као и повезивање или тајни договор са било којим другим субјектом или више њих, у циљу стицања монопола у било ком делу трговине или привредних токова између неколико држава или са иностраним нацијама (члан 2).³¹⁷ Законом је, дакле, предвиђена забрана рестриктивних облика понашања пословних субјеката у трговинској и привредној размени између федералних јединица САД, као и у спољнотрговинској размени (*cum. enг. „... . in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, . . .“*).

Конгресна расправа о Закону покренула је важна питања његове примене у вези са односом између увоза и домаће конкуренције, као и у вези са могућим избегавањем примене закона и његове санкције, предузимањем забрањених аката изван територије САД.³¹⁸ Изгледа да је трговина између држава (федералних јединица САД) и иностраних држава (енг. *'foreign trade'*) сматрана у тој мери нераздвојивом, да је то по себи подразумевало примену Шермановог закона на иностране субјекте (у погледу аката предузетих изван САД), као и његову примену на домаће субјекте, који послове и акте ограничавања конкуренције у САД предузимају изван њене територије.³¹⁹

И поред тога, у циљу спречавања приватних аката контроле увоза (његовим ограничавањем или договарањем цене), споразумима између увозника, али и између увозника и иностраних произвођача – 1894. године усвојене су измене Вилсоновог царинског закона (енг. *Wilson Tariff Act*).³²⁰ Тексту Закона су додате одредбе (члана 73-

³¹⁶ *Cit. „The popular mind is agitated with problems which may disturb social order, and among them all none is more threatening than the inequality of condition, of wealth and opportunity that has grown within a single generation out of the concentration of capital into vast combinations to control production and trade and to break down competition. These combinations already defy or control powerful transportation corporations and reach State authorities. They reach out their Briarean arms to every part of our country. They are imported from abroad. Congress alone can deal with them, and if we are unwilling or unable there will soon be a trust for every production and a master to fix the price for every necessity of life.“* (21 Cong. Rec. 2460 (1890)) – Наведено према: Fugate, *Foreign Commerce and the Antitrust Laws*, Volume I, Aspen Publishers, 1996, pp. 2.

³¹⁷ Sherman Act, 15 U.S.C. §§ 1-11.

³¹⁸ *Ibid*, Fugate, *Foreign Commerce and the Antitrust Laws*, Volume I, Aspen Publishers, 1996, pp. 4.

³¹⁹ *Ibid*.

³²⁰ Wilson Tariff Act, Act of Aug. 27, 1894, c.349, 28 Stat. 509, as amended, . . . , 15 U.S.C. §§8-11 (1994).

77), којима се проглашавају противзаконитим повезивања, тајни договори, трустови, споразуми или уговори између две или више особа или корпорација, од којих је макар једна ангажована (било као заступник или налогодавац) у поступку увоза производа у САД из било које стране државе, са намером да се ограничи легална трговина или слободна конкуренција, или да се повећа тржишна цена у било ком делу САД било ког производа који се увози или намерава да увезе.³²¹

Овај закон је, у великој мери, створио основ за екстратериторијално проширење јурисдикције америчких судова у грађанским и кривичним поступцима покренутим по иницијативи надлежних органа за заштиту конкуренције (Министарства правде и Федералне трговинске комисије), али и по приватним тужбама за накнаду штете причињене ограничавањем лојалне трговине и конкуренције. Такође, треба напоменути да оба закона (Шерманов и Вилсонов) предвиђају могућност изрицања кривичне санкције (казне затвора) због учешћа у предузимању забрањених аката.

Врховни суд САД се, први пут, поводом примене Вилсоновог царинског закона, изјаснио у случају *Sisal*³²², поводом наводног повезивања компанија ради контроле увоза сисал-конопље, сировине у производњи ужади и врећа. Врховни суд је утврдио да су тужени очигледно прекршили одредбу члана 73 Вилсоновог тарифног закона, на тај начин што су, у својству увозника производа, учествовали у тајним договорима о ограничавању трговине производом и повећању његове тржишне цене у Сједињеним Државама. У конкретном случају, противзаконити акт је предузет у САД, где је и примењен, а на одлуку суда није била од значаја чињеница што се исти ослањао и на акте предузете у иностранству, у односу на које се примењује закон државе у којој су предузети.³²³

Примена Вилсоновог закона (члан 73) оправдана је и у случајевима када инострано удружење произвођача прода или преда у консигнацију целокупну извозну квоту једној америчкој компанији ради препродаје на тржишту САД. У таквим

³²¹ „Section 73 makes illegal 'every combination, conspiracy, trust, agreement or contract' between two or more persons or corporations, either of whom, as agent or principle, is engaged in importing any article into the United States from any foreign country when intended to operate 'in restraint of lawful trade, or free competition in lawful trade or commerce, or to increase the market price in any part of the United States' of any article imported or intended to be imported, 'or of any manufacture into which such imported article enters or is intended to enter'.” – Наведено према: Fugate, *Foreign Commerce and the Antitrust Laws*, Volume II, Aspen Publishers, 1996, pp. 332.

³²² U.S. v. Sisal Sales Corp., 274 U.S. 268, 47 S. Ct. 592, 71 L. Ed. 1042 (1927).

³²³ *Ibid*, ad 318 (Fugate), Volume II, pp. 334.

случајевима, увозником се (за потребе примене законске одредбе) може сматрати било америчка компанија, било инострано удружење произвођача.³²⁴

Потврду да Вилсонов царински закон, у одредбама члана 73-77, представља *lex specialis* у односу на Шерманов закон у области спољне трговине – дао је суд у већем броју својих одлука у којима се упоредо позивао на оба закона. То је, нарочито, наглашено у судској одлуци у предмету *General Dyestuff*, по оптужници истовремено заснованој на члану 1 Шермановог закона и члану 73 Вилсоновог царинског закона. Суд је навео да су његови ставови поводом примене Шермановог закона једнако примењиви на Вилсонов закон, „као закон који непосредније уређује забране прописане Шермановим законом у области спољне трговине“ (цит. енг. „a statute which makes explicit the prohibitions of the Sherman Act in the field of foreign commerce“).³²⁵

Предмет екстратериторијалне примене закона нису били само акти и радње у којима су учествовали домаћи субјекти, међусобно или са иностраним субјектима, већ и они које су предузимали само *страни* субјекти, а који су имали значајне последице на увоз производа у САД и домаћу конкуренцију. У том смислу, нарочита пажња је усмеравана ка споразумима страних произвођача о одређивању производних квота и подели међународног тржишта. Међу таквим споразумима било је и оних у којима су домаће компаније учествовале на посредан начин (преко својих огранака и зависних компанија у иностранству). Надлежност домаћих органа за заштиту конкуренције и судова овим је проширена у односу на раније поменуте примере примене Вилсоновог царинског акта. Примена Шермановог закона на акте и радње предузете у иностранству од стране субјеката над којима домаћи судови немају персоналну јурисдикцију није била заснована на јасно одређеним разграничењима у самом закону. Због тога је почетни период овог вида екстратериторијалне примене *antitrust-a* био опредељен ставовима званичне политике у области конкуренције, као и судским прецедентима којима је, као претходно, решавано питање испуњености услова за заснивање надлежности суда у односу на иностране акте и субјекте.

Политичке тежње ка интернационализацији америчког *antitrust law-a* могле су се препознати већ у конгресној дебати поводом нацрта Шермановог закона, 1890. године. Амерички председник Френклин Рузвелт је 1938. године, уочи Другог светског рата, у

³²⁴ *Potash case*, Opinion re Potash Mined in Germany, Oct. 5, 1910, 341 Op. Atty. Gen. 545 (1916-1919).

³²⁵ *U.S. v. General Dyestuff Corp.*, 57 F. Supp. 642 (S.D.N.Y. 1942) – Наведено према: *Fugate*, Volume II, pp. 335.

свом обраћању Конгресу изјавио да је активна примена *antitrust law-a* од суштинског значаја за одбрану америчке либералне демократије и слободе предузетништва, као и за спречавање њиховог преобраћања у „фашистичко-колективистички“ систем по европском „моделу“. ³²⁶ Истовремено, може се сматрати да је ова порука била упућена и америчким компанијама које су пословале на домаћем тржишту, а које су, у периоду Велике депресије и након ње, опстајале и шириле се захваљујући подршци државе у оквиру тзв. Плана националне обнове (енг. *the National Recovery Administration, NRA*).

У периоду након Првог светског рата и, нарочито, за време Велике депресије '30-тих година прошлог века, многе америчке компаније су – примењујући иновативни модел мулти-организационе структуре и раздвајања процеса административног управљања од операционализације (спровођења пословне политике) – разгранале сопствену структуру организовањем зависних субјеката или огранака у иностранству. Иако су економисти сматрали да је овај процес природна последица развоја технологије и тржишта, он је неизбежно са собом носио и неке негативне последице. Наиме, повећани степен специјализације је, по дефиницији, захтевао пажљивије планирану координацију (*um. enг. „increasing specialization must, almost by definition, call for more carefully planned coordination“*). ³²⁷

Ове промене означиле су нови период тзв. управљачког капитализма (енг. *managerial capitalism*), који је носио повећану опасност концентрације великог капитала у оквиру мултинационалних компанија и стварања међународних картела (између зависних фирми америчких мултинационалних компанија у иностранству и њихових конкурената). Таквим појавама су, нарочито, погодвали ауторитарни системи европских држава, чија се спољна трговина заснивала на протекционистичким мерама заштите домаће привреде и промоцији тзв. националних лидера у производњи (енг. *national leaders*). За разлику од Сједињених Америчких Држава, европске земље су имале позитиван став у односу на картеле, сматрајући их инструментом јачања домаће привреде и њене експанзије у односу на друге државе. Пословање америчких компанија у таквом пословном окружењу и правном режиму нужно је доводило до

³²⁶ „Recommendations to Congress to Curb Monopolies and the Concentration of Economic Power, April 29, 1938,“ *The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt, 1938, Volume 7, The Continuing Struggle for Liberalism* (New York, 1941), 305-32 – Наведено према: Tony A. Freyer, *Antitrust and Global Capitalism, 1930-2004*, Cambridge University Press, 2006, pp. 8.

³²⁷ Alfred D. Chandler, Jr., *The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business* (Cambridge, MA, 1997), 489-90 – Наведено према: Tony A. Freyer, *Antitrust and Global Capitalism, 1930-2004*, Cambridge University Press, 2006, pp. 4.

прилагођавања. У периоду Велике депресије и Другог светског рата, надлежни органи САД за заштиту конкуренције разоткрили су значајно учешће америчких мултинационалних компанија у картелима и другим споразумима, који су штитили интересе великог бизниса и влада у државама њиховог деловања, пре свега, у Немачкој, Британији, Јапану, Аустралији, и др.³²⁸

Јасно је, дакле, да је у Сједињеним Америчким Државама, у првој половини прошлог века, постојала јака политичка воља за спречавање утицаја међународних картела на конкуренцију домаћег тржишта. Непосредни органи примене такве политике конкуренције су: Министарство правде – Антимонополско одељење (енг. *U.S. Department of Justice (DoJ) – Antitrust Division*) и Федерална трговинска комисија (енг. *Federal Trade Commission, FTC*).³²⁹

³²⁸ Tony A. Freyer, *Antitrust and Global Capitalism, 1930-2004*, Cambridge University Press, 2006, pp. 4.

³²⁹ Институционална структура примене права заштите конкуренције у САД специфична је по паралелизму наведена два органа (Министарства правде и Федералне трговинске комисије), као и границама раздвајања њихове надлежности, како међусобно, тако и у односу на друге органе. Наиме, иако у примени многих закона постоји подударност надлежности, може се рећи да је Министарство, пре свега, задужено за примену Шермановог закона и, искључиво, за онај део примене тог закона у вези са покретањем кривичног поступка против чланова картела и одговорних лица – што чини по службеној дужности. Поред тога, Министарство, након спроведене самосталне истраге о ефектима предузетих рестриктивних радњи и послова (и у зависности од резултата истраге), покреће грађански, парнични поступак пред надлежним федералним судовима, ради утврђивања повреде конкуренције, изрицања мера забране, реституције, реорганизације и др. Није искључено ни покретање парнице за накнаду штете у име и уместо појединачно оштећених субјеката, међу којима је и сама савезна држава, када Министарство иступа са позиције *parens patriae*.

Федерална трговинска комисија, с друге стране, има овлашћење да испитује и оне облике понашања привредних субјеката који представљају *нелојалну конкуренцију*, мада има и великих овлашћења у примени Шермановог закона (упоредо са Министарством). У искључивој надлежности примене ФТК су акти и радње забрањени Законом о Федералној трговинској комисији, као и Робинсон-Петменов закон (енг. *Robinson-Patman Act*). Примена Клејтоновог и Харт-Скот-Роудиновог закона (енг. *Clayton Act, Hart-Scott-Rodino Act*) у подељеној је надлежности између Министарства и ФТК. Иако ФТК у појединим сегментима примене *antitrust-a* иступа са овлашћењима квази-судског (енг. *quasi-judicial*) органа – на основу законом датог овлашћења да може да изриче привремене мере и мере забране – коначну одлуку којом се утврђује повреда конкуренције и изриче санкција, или друга одговарајућа мера, *доноси суд*.

Управо се у тој чињеници налази, можда и најизраженија, особеност америчког *antitrust* институционалног система. Судови имају одлучујућу улогу у том систему, а административни органи помоћну, истражну улогу, чији је циљ да тужба поднета суду или кривична пријава поднета савезном тужиоцу буде темељно заснована на обимној чињеничној грађи и документацији, као и на стручној анализи прикупљених чињеница. У многим другим системима, међу којима је и српски, судови имају секундарну улогу у примени права конкуренције, у поступку преиспитивања одлука административних органа за заштиту конкуренције, и то, пре свега, са аспекта поштовања основних процесних права учесника у поступку.

1.2. Судска доктрина

Иако су, дакле, званични ставови о политици конкуренције обликовали ширу националну свест о значају, циљевима и инструментима активне примене *antitrust law-a*, судови су били ти који су својим одлукама (прецедентима) *правно* уобличили основне институте тог права, међу којима и питање сопствене јурисдикције над актима и лицима *изван* територије федералне државе (тј. границе екстратериторијалне примене домаћег права).

Први судски процес у примени *antitrust law-a* са „*страним елементом*“ вођен је 1909. године, у случају *American Banana v. United States*. Судија у том предмету (Justice Holmes) није прихватио надлежност за суђење због повреде конкуренције. Прекретницу у односу на овај случај означио је предмет *United States v. Aluminium Co. of America ('Alcoa')*, 1945. године. За разлику од судије Холмса у претходном случају, судија у предмету *Alcoa* (Judge Learned Hand) изнео је став да држава има право да утврди одговорност и оних лица која нису под њеном јурисдикцијом, за радње предузете изван њених граница, чије се последице остварују на њеној територији.³³⁰ То је почетак примене тзв. доктрине ефеката (енг. '*effects doctrine*') у оцени надлежности домаћег суда, као својеврсног „*проширења*“ принципа објективне територијалности (енг. *the objective territoriality principle*).³³¹

Несумњиво је да је овај приступ допринео проширењу материјалне јурисдикције (енг. *subject-matter jurisdiction*), али је у исто време створио услове за проширење принципа персоналне јурисдикције (енг. *personal jurisdiction*). Наиме, традиционални концепт *присутства* физичког или правног субјекта на територији САД, као *услова* за покретање судског поступка, замењен је принципом *минималног контакта/везе* између субјекта и територије САД. Тај став је изражен у судском поступку *International Shoe v. Washington*,³³² вођеном исте године када и *Alcoa*. Захтев да је компанија основана на домаћој територији – као услов за заснивање персоналне јурисдикције, овим је замењен

³³⁰ Cit. „Judge Learned Hand declared that 'it is now settled law that any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends'.“ – *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945). Наведено према: Bruno Zanettin, *Cooperation Between Antitrust Agencies at the International Level*, Hart Publishing, 2002, pp. 9.

³³¹ Maher M. Dabbah, *International and Comparative Competition Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 423.

³³² Bruno Zanettin, *Cooperation Between Antitrust Agencies at the International Level*, Hart Publishing, 2002, pp. 10.

захтевом обављања делатности (енг. „*where it transacts business*“), и то не само преко друге, зависне компаније, већ и преко заступника, огранка или представништва. Након тога, судови су постепено кориговали став о територијалној надлежности, уважавањем специфичности облика и интензитета утицаја спољне трговине на домаћу конкуренцију. Тачније, прихватили су надлежност за суђење у свим оним случајевима у којима су акти предузети у иностранству имали за циљ или стварни ефекат ограничавање конкуренције на унутрашњем тржишту САД.

1.3. Еволуција доктрине ефеката

Ставови америчких судова о обиму и начину примене доктрине ефеката, изражени у форми прецедента (лат. *stare decisis*), нису доследно примењивани у наредним годинама. Тачније, поништавани су или преиначавани постепеним уважавањем интереса других држава, нарочито оних на чијој територији је требало да се изврше изречене мере и санкције америчких судова.

Тако је у случају *Timken Roller Bearing Co.*³³³ суд заменио „чисту“ доктрину ефеката, примењену у *Alcoa* случају, додатним условом постојања *директних и значајних ефеката на америчком тржишту* (енг. „*a direct and influencing effect on US trade*“). Овај услов је, донекле, ограничио могућности за заснивање надлежности домаћих судова у споровима за заштиту конкуренције због аката предузетих у иностранству. У одлуци у спору САД против картела швајцарских произвођача сатова (*United States v. Swiss Watchmakers*) квалификација је термилошки измењена у „*значајни и материјални ефекат на спољну и унутрашњу трговину САД*“ (енг. „*a substantial and material effect upon US foreign and domestic trade*“).³³⁴

Амерички судови су наставили да унапређују доктрину ефеката, тако што су, приликом оцене о условима за заснивање надлежности, у већој мери него раније, почели да узимају у обзир интересе државе у којој је радња предузета, као и могуће ефекте сопствених одлука у тој држави. Реч је о тзв. јурисдикционом стандарду разумности, тј. разумног расуђивања (енг. '*jurisdictional rule of reason*'). Тиме је отворена могућност за процену суда да није целисходно прихватити надлежност поводом аката предузетих у иностранству, чак и онда када у потпуности испуњавају

³³³ 83 F. Supp 284, 309 (ND Ohio 1949).

³³⁴ *Ibid*, ad 332, pp. 11.

критеријум постојања директних и значајних ефеката на домаћу конкуренцију на унутрашњем или страном тржишту. Након периода изразитог активизма у екстратериторијалној примени *antitrust-a*, наступио је период умерености и уздржавања, изазван делом и оштрим реакцијама држава чију су припадност имали субјекти на које су се односиле одлуке америчких судова. Поред тога, међународноправни принцип изузимања од надлежности аката и радњи које предузимају друге државе и њени органи (у вршењу суверених овлашћења), али и приватни субјекти по наредби јавноправних институција или на основу принудних прописа – наметао је сталну потребу преиспитивања материјалноправне надлежности суда у односу на правни поредак државе у којој је предузет акт, а на основу приговора тужене стране.³³⁵

Пред судовима је био тежак задатак да успоставе разумну меру екстратериторијалне примене америчког *antitrust law-a*, тако што ће утврдити услове за заснивање надлежности у складу са општеприхваћеним стандардом међународног јавног права о равноправности држава, неповредивости њиховог суверенитета и узајамном уважавању (енг. '*comity*'). У покушајима да постигну тај циљ, судови су усвајали шири или ужи став о значењу појма '*comity*', који је постао неизбежан елемент процене надлежности домаћег суда. Неки судови су овај принцип уважавали одмеравањем интензитета интереса САД и других држава (цум. енг. „*The interests of the United States must be sufficiently strong, vis-a-vis those of other nations, to justify assertion of extraterritorial authority*“).³³⁶ Такав став – о претежности интереса САД над интересима других држава, као услову за прихватање надлежности – јасно је исказан у одлукама суда у случају *Timberlane*³³⁷ и *Mannington Mills*,³³⁸ 1976. и 1979. године.

Наведене судске одлуке утицале су и на усвајање допунског закона, чији је циљ био да пружи јединствени и обавезујући *правни* основ примене *comity* принципа, али и да утиче на обликовање званичне политике деловања административних органа за заштиту конкуренције (Министарство правде, Федерална трговинска комисија). Тако је 1982. године усвојен Закон о унапређењу заштите конкуренције у спољној трговини (енг. *Foreign Trade Antitrust Improvement Act of 1982, 'FTAIA'*), који је надлежност

³³⁵ Доктрина о изузимању суверених аката (енг. '*Acts of State*' doctrine).

³³⁶ Judge Choy, the Court of Ninth Circuit in the *Timberlane* case (*Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F. 2d 597 (9th Cir. 1976)) – Наведено према: *Ibid*, ad 332, pp. 12.

³³⁷ *Ibid*.

³³⁸ *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287 (3rd Cir. 1979).

домаћег суда условио „директним, значајним и разумно предвидивим“ ефектима иностраних аката на америчку привреду (енг. *'direct, substantial and reasonably foreseeable effect on US commerce'*).³³⁹ Овај тест је, према одредби члана 7, услов надлежности домаћег суда у односу на акте предузете у иностранству (изузимајући увоз у САД).³⁴⁰ Ефекат се процењује у односу на унутрашње тржиште САД, али и у односу на страно тржиште на коме учествују амерички извозници. Ако одређена радња испуни услове наведеног теста, испитује се да ли је она такве природе да дозвољава покретање поступка у складу са Шермановим законом.³⁴¹

Као што се из саме одредбе члана 7 ФТАИА може видети, закон не помиње могућност да судови одбију надлежност позивањем на *comity*, у случајевима који задовољавају прописани тест („директних, значајних и разумно предвидивих последица“). Остаје нејасно да ли је примена *comity* принципа умерености и уздржавања уопште применљива и, ако јесте, да ли представља ствар судске дискреције, или постоје чврсти критеријуми који одређују овај концепт.

Уместо да утврди јасне критеријуме заснивања надлежности, чини се да је ФТАИА допринео продубљивању разлика у приступу судова наведеном питању. То се, најочигледније, могло видети у случају *Hartford Fire Insurance Co. v. California*,³⁴² вођеном поводом колективне принуде енглеских реосигураваача над америчким осигураваачима, наметањем општих услова осигурања (ограничавањем исплате суме осигурања на захтеве поднете у периоду важења полисе осигурања, као и ограничавањем износа покрића у односу на ризике загађења у Северној Америци). Све судске инстанце су сматрале да је предметна принуда енглеских осигуравајућих

³³⁹ 15 U.S.C. § 6a (1988) (Sherman Act) and § 45(a)(3) (1988) (FTC Act).

³⁴⁰ Надлежност домаћег суда на акте предузете у вези са увозом производа у САД не доводи се у питање, имајући у виду да се заснива на принципу објективне територијалности (акт започет у иностранству остварује се, односно завршава, на домаћој територији увозом производа).

³⁴¹ Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982, Title IV (Export Trading Company Act of 1982), amending the Sherman Act: (Cit) „Sec. 7. *This Act shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless –*

(1) *such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect –*

(A) *on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or*

(B) *on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and*

(2) *such effect gives rise to a claim under the provisions of this Act, other than this section. If this Act applies to such conduct only because of the operations of paragraph (1)(B), then this Act shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States.*“ Видети: *Fugate, Foreign Commerce and the Antitrust Laws*, Volume I, Aspen Publishers, 1996, pp. 102-103.

³⁴² 509 U.S. 764, 113 S. Ct. 2891 (1993).

друштвава очигледно предузета у *намери* остваривања последица на тржишту САД, као и да су такве *последнице заиста и наступиле*, због чега су јасно и недвосмислено потврдиле надлежност америчког суда. *Намера* и *последнице* су овде имали својство довољних чинилаца за заснивање надлежности. Поводом приговора енглеских осигуравача и британске владе – да споразумом у питању није повређен ниједан пропис Велике Британије у области осигурања – другостепени суд (енг. *the Court of Appeals*) је поврдио став првостепеног суда о претежности интереса САД (позивањем на *намеру* и *последнице* споразума, као одлучне чињенице) над приговором сукоба закона. Слично мишљење изражено је и у одлуци Врховног суда (енг. *the Supreme Court*), који је у вези са приговором сукоба закона оценио релевантном (у оцени надлежности) само чињеницу „*истинског сукоба закона*“ (енг. „*whether there was a true conflict between domestic and foreign law*“). Притом је „*истински*“ сукоб одредио као ситуацију у којој је субјекту немогуће да истовремено удовољи захтевима домаћег и страног правног режима.³⁴³

Одлуке судова у наведеном случају значајне су из два разлога. Први се огледа у чињеници да су другостепени и Врховни суд изнели тумачење члана 7 ФТАИА у вези са применом принципа *comity*. Други разлог се тиче неуједначености ставова судија већа Врховног суда при доношењу одлуке и строгости упућених примедби од стране судија које су издвојиле мишљење, посебно, судије Скалија (Judge Scalia). Оба суда су изнела став да ФТАИА не спречава суд да ускрати надлежност примењујући *comity*, чиме су отклоњене сумње у погледу тумачења и примене недовољно јасних одредби члана 7 овог закона.³⁴⁴

Правну сигурност у погледу примене ФТАИА требало је да омогући и заједнички акт Министарства правде и ФТК из 1995. године – *Упутство за примену antitrust-а на међународне послове* (енг. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*). Акт упућује на три основна принципа деловања Агенција: 1) примена америчких закона до крајњих граница јурисдикционих овлашћења; 2) једнако (недискриминаторско) поступање према домаћим и страним субјектима; и 3) посвећеност принципу међународног уважавања (енг. '*international comity*'), како у примени права, тако и по питању сарадње са страним органима за заштиту конкуренције.

³⁴³ Fugate, *Foreign Commerce and the Antitrust Laws*, Volume I, Aspen Publishers, 1996, pp. 110-111.

³⁴⁴ *Ibid.*

У одмеравању легитимних интереса других држава приликом доношења одлуке о покретању поступка, Агенције се руководе следећим чиниоцима: 1) релативни значај повреде конкуренције актима предузетим у САД, у поређењу са актима предузетим у иностранству; 2) национална припадност лица која учествују у радњи или лица на која она утиче; 3) присутност намере да се произведу последице по америчке потрошаче, тржиште или извознике; 4) релативни значај и предвидивост последица аката у Сједињеним Државама, у поређењу са последицама у иностранству; 5) постојање разумних циљева које би требало остварити у поступку; 6) интензитет сукоба са страним прописима или званичном спољнотрговинском политиком других држава; 7) степен утицаја покренутог поступка на поступак пред иностраним органима против истих лица, укључујући и на мере које су ти органи одредили у поступку; и 8) ефикасност страног поступка у поређењу са америчким.³⁴⁵

Упутства не садрже одреднице у односу на примену услова одмеравања интензитета сукоба закона или сукоба домаћих прописа и званичне политике других земаља (тачка б) – као довољном или потребном услову да би Агенције одустале од покретања истражних поступака. Нема помена о ставу Врховног суда у случају *Hartford Fire Insurance* да негативан услов заснивања надлежности представља само *истински* сукоб закона, који се испољава као немогућност субјекта у питању да истовремено удовољи прописима САД и прописима државе на чијој територији је предузет акт. Истовремено, тачком б предметне одредбе Упутства указано је да ће Агенције, осим сукоба закона, ценити и интензитет сукоба домаћих прописа са *званичном спољнотрговинском политиком других држава* (енг. *articulated foreign economic policies*). Тиме су значајно проширене могућности примене *comity* принципа у екстратериторијалној примени домаћих прописа, што указује на прећутно удаљавање Агенција од става Врховног суда у одлуци *Hartford Fire Insurance*, и њихово приближавање раније изнетим ставовима у случају *Timberlane* и *Mannington Mills*.

1.4. Последице примене доктрине ефеката

Екстратериторијална примена права конкуренције је у једном периоду била ексклузивност америчких судова. Друге државе нису имале довољно развијен правни

³⁴⁵ *Ibid*, pp. 125.

систем у области конкуренције, или су у односу на акте нарушавања конкуренције са *страним елементом* примењивале општи институт међународног јавног права о простирању надлежности *унутар* територијалних граница државе (принцип територијалности). Ова антиномија је нужно доводила до *сукоба јурисдикција*, али и до озбиљних *политичких тензија* и дипломатских протеста. Политичке тензије су обележиле напред поменути случај *Hartford Fire Insurance*, као и друге случајеве екстратериторијалне примене америчког *antitrust law-a*, међу којима, нарочито: *Swiss Watchmakers*,³⁴⁶ *Uranium*,³⁴⁷ *Zenith Radio*,³⁴⁸ *Laker Airways*,³⁴⁹ и др.³⁵⁰ Тако је, на пример, британска влада у предмету *Hartford Fire Insurance* упутила америчком суду представку (лат-енг. *amicus curiae brief*), у којој је нагласила да би наметање обавеза британским осигуравачима према америчком *antitrust law-у* угрозило ефективност специфичних и трајно утемељених британских прописа у области осигурања.³⁵¹

Остале наведене случајеве обележио је сукоб америчке политике конкуренције и спољнотрговинске политике других држава. Ти примери на очигледан начин показују сложеност и противуречност међусобних утицаја међународне конкуренције и спољне трговине. У предмету *Swiss Watchmakers*, покренут је поступак пред америчким судом против швајцарских произвођача сатова, који су, према међусобном договору, одбијали да извозе резервне делове, у циљу спречавања појаве конкурентске производње у иностранству. Споразум између швајцарских произвођача је, међутим, уживао подршку и заштиту швајцарских власти, имајући у виду да је представљао „*битан елемент швајцарске економске политике раста извозних прихода*“ (енг. „*an important element of Swiss economic policy for the maximising of export revenue*“).³⁵²

Сукоб политике конкуренције и економске политике дошао је до изражаја у случају *Zenith Radio*. Један од циљева економске политике Канаде 1950-тих година огледао се у супституцији увоза трајних потрошних добара њиховом производњом у Канади. Реч је о легитимном развојном и спољнотрговинском инструменту економске

³⁴⁶ *United States v. Watchmakers of Switzerland Information Center*, 1962, Inc. Trade Cas, 70600.

³⁴⁷ *Westinghouse Elec. Corp. Uranium Contract Litigation*, 1979, Trade Cases 68,607.

³⁴⁸ *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research*, 1967, Trade Cas. (CCH), 72310.

³⁴⁹ *Laker Airways Ltd v. PanAm World Airways*, No. 82-3362 (DDC 1982); *Laker Airways Ltd v. Sabena Belgian World Airlines*, No. 83-0416 (DDC 1983); *Laker Airways Ltd v. PanAm World Airways*, 559 F Supp 1124, 1137 (DDC 1983).

³⁵⁰ Видети: *Ibid*, ad 332, pp. 34-37.

³⁵¹ *Brief of the Government of the United Kingdom as Amicus Curiae in Support of Petitioners* – Наведено према: *Ibid*, pp. 35 (f.n. 150).

³⁵² *Ibid*, ad 332, pp. 35.

политике, чија примена доводи до јачања индустријске и технолошке основе домаће привреде, упошљавања домаће радне снаге, као и до смањења платнобилансних разлика у спољној трговини. У том смислу, канадска влада је позвала стране произвођаче (*General Electric, Westinghouse, Hazeltine Corporation*) да организују производњу у Канади, а за узврат им пружила заштиту од конкуренције, тако што им је омогућила груписање патената у оквиру заједничког пула (енг. *pooling*). Спор је покренула америчка компанија *Zenith Radio* која је, у покушају извоза својих производа на канадско тржиште, тражила одобрење за пријем у „пул“, али јој је исто ускраћено уз подршку канадских власти. Упркос оштром противљењу канадских власти, америчко Министарство правде и компанија *Zenith Radio* успешно су окончали поступак против чланова пула због повреде конкуренције.³⁵³

Политичке тензије су често биле праћене озбиљним *сукобима јурисдикција*, чији се облици и интензитет најочигледније могу сагледати на примерима *Uranium* и *Laker Airways*. У случају *Uranium*, америчка компанија *Westinghouse* покренула је судски спор тужбом због повреде конкуренције против 29 домаћих и страних произвођача уранијума. *Westinghouse* је тврдио да су тужени организовали међународни картел, који је довео до несташице уранијума и наглог пораста његове цене на тржишту. Повод овој тужби са захтевом за одштету од шест милијарди долара, била је парница коју су претходно против *Westinghouse-a* покренула 27 предузећа за производњу електричне енергије, а због неиспуњавања уговорне обавезе снабдевања нуклеарних електрана уранијумом у одређено време и по уговореној цени. *Westinghouse* је у тој парници истакао приговор да су на тржишту уранијума наступиле промењене околности (несташица, неочекивано висока цена), које су довеле до немогућности испуњења преузетих обавеза. Ове околности је правдао међународним картелом произвођача уранијума, а сама парница због повреде конкуренције покренута је у циљу да *Westinghouse* избегне сигурно банкротство, које би наступило у случају успеха у спору тужилаца против *Westinghouse-a* (имајући у виду висину одштетног захтева од 2 милијарде долара). Публицитет наведеног случаја довео је и до кривичног поступка против чланова картела, који је покренуло америчко Министарство правде.³⁵⁴

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ Martyn D. Taylor, *International Competition Law, A New Dimension for the WTO?*, Cambridge University Press, 2006, pp. 56-7.

Сукоб јурисдикција огледао се у непризнавању поступка пред америчким судом од стране тужених и држава њиховог седишта (Аустралија, Велика Британија, Јужна Африка, Канада, и др). Захтеве за достављање документације о пословању сматрали су недозвољеним нарушавањем пословне аутономије компанија и суверенитета држава у којима су пословале. У циљу заштите од прекомерног уплива америчког правосуђа, Аустралија, Јужна Африка и Канада су усвојиле законе којима су забраниле поступање по захтевима америчког суда за достављање документације. Истовремено, Дом лордова британског Парламента одбио је да удовољи замолници америчких судова, позивањем на суверенитет Велике Британије.³⁵⁵

Тужене компаније нису признавале надлежност америчког суда, због чега су, уместо одговора на тужбу, доставиле представке „*пријатеља суда*“ (лат. *amicus curiae*) у којима су истакле приговор његове ненадлежности. Суд није уважио представке и приговоре ненадлежности, већ је донео пресуду на основу пропуштања (енг. *default judgment*), што је *Westinghouse*-у омогућило да покрене извршни поступак наплате штете. Ови поступци су окончани споразумом странака о исплати милионских сума одштете и испоруци руде уранијума по нижој цени.³⁵⁶

Значај *Uranium* случаја огледа се у одбрамбеним законима (енг. '*blocking statutes*') које су државе седишта компаније донеле у циљу заштите свог суверенитета и националних интереса. Радило се о три врсте таквих закона: 1) закон који забрањује поступање по замолницама (енг. '*letters rogatory*') америчких судова; 2) закон који забрањује извршење одлука америчких судова; и 3) закон који дозвољава домаћим субјектима да поврате губитке настале извршавањем одлука америчких судова на њиховој имовини у иностранству (енг. '*claw-back statutes*').

Случај *Laker Airways* јединствен је по томе што је сукоб јурисдикције, поред законске интервенције (као у претходном случају), обележио и сукоб правосудних институција у бици за „*преузимање*“ *надлежности*. Радило се о спору који је британска *low-cost* авио-компанија покренула пред америчким судом против осам америчких, британских и европских авио-компанија, због повреде конкуренције „*предаторским*“ обарањем цене летова испод нормалне цене у периоду финансијске кризе *Laker Airways-a* и предузимањем других дискриминаторских радњи у циљу његовог потискивања са тржишта. Наиме, *Laker Airways* је успешно пословао на основу

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ *Ibid.*

ниске цене лета на транс-атлантским линијама. У намери да задовољи повећану тражњу ангажовањем додатних капацитета, *Laker Airways* је у Сједињеним Државама купио авион од америчке компаније *McDonnell Douglas*. Услед наглог пада вредности британске фунте према долару, *Laker Airways* је имао проблема у финансирању инвестиције. Тужене авио-компаније су, наводно, тежак финансијски положај *Laker Airways-a* искористиле за непоштену конкуренцију изразито ниским ценама, притисцима на кредиторе који су финансирани куповину авиона, као и скривеним плаћањем провизија путничким агенцијама, што је *Laker Airways* довело до ликвидације.³⁵⁷

Уследила је битка правосудних институција САД и држава седишта тужених компанија за преузимање надлежности за суђење у спору. *Laker Airways* је надлежност америчког суда засновао на чињеници да је делатност авио-превоза обављао у САД-у, где су остварене и последице предузетих радњи конкурената, као и на чињеници да се највећи број ликвидационих поверилаца налази у тој држави.

Тужени нису признали надлежност америчког суда, већ је сваки од њих предузимао правне мере заштите у држави свог седишта. *British Airways* је, тако, пред британским судом захтевао и добио одлуку о одређивању привремене мере, којом се *Laker Airways-у* забрањује да води поступак пред америчким судом. Исту привремену меру донео је, на захтев тужиоца, амерички суд, забраном *British Airways-у* да води поступак пред британским судом. У међувремену, британски апелациони суд потврдио је одлуку првостепеног суда којом је одређена привремена мера. Истовремено, на захтев *British Airways-a*, британски Секретар за трговину и привреду издао је упутства о забрани поступања по привременој мери америчког суда, позивајући се на Закон о заштити трговинских интереса из 1980. године.³⁵⁸ *Laker Airways* је покренуо поступак судске ревизије одлуке Секретара, по којој је британски Дом лордова (енг. *House of Lords*) пресудио у корист тужиоца, одлуком да је за решавање спора по тужби *Laker Airways-a* надлежан амерички суд, из следећих разлога: *British Airways* (тужени) добровољно послује на америчком тржишту, на основу добијених дозвола америчких органа за обављање линијског авио-превоза. Из наведене чињенице проистиче да је британска авио-компанија пристала да се на спорове који проистекну у вези са

³⁵⁷ *Ibid.*, pp. 59-60.

³⁵⁸ Ради се о заштитном закону (енг. '*blocking statute*'), *The Protection of Trading Interests Act 1980*, који је донет у циљу заштите националних интереса, поводом претходно описаног случаја *Uranium*.

обављањем делатности у САД примењује америчко право. Поред тога, тужилац је тужбу засновао искључиво на америчком праву, као меродавном праву примене на спорни однос, што додатно учвршћује везу предметног случаја са америчким правним поретком.³⁵⁹

1.5. Примена доктрине ефеката изван граница САД

Почетни одбрамбени став европских и других држава у односу на екстратериторијалну примену америчког *antitrust law-a*, замењен је '70-тих година прошлог века позитивним ставом о прихватању *нежности* активне примене права конкуренције и у односу на акте предузете *изван* државних граница. Пример Немачке је, у том смислу, јединствен, јер је њен Закон о заштити конкуренције (енг. *Act Against Restraints of Competition*) предвиђао могућност примене на акте предузете у иностранству (члан 98 став 2 Закона), још од његовог доношења, иако иста није коришћена до раних '70-тих година.³⁶⁰

Прекретницу у пракси Европске комисије, као надлежног органа примене члана 81 и 82 Уговора о оснивању ЕЗ (сада члана 101 и 102 СФЕУ), обележио је случај *Dyestuff*, 1969. године.³⁶¹ Према образложењу одлуке ЕК, надлежност Комисије за примену одредби Уговора ЕЗ о конкуренцији постоји ако се последице предузетих аката, предвиђене у члану 81(1) Уговора, остварују на заједничком тржишту ЕЗ. Тај став одговара чистој доктрини ефеката, израженој у одлуци америчког суда у случају *Alcoa*. Судски извештај (*Advocate General Mayras*) у другостепеном поступку пред Европским судом, предложио је да се став ЕК допуни квалификацијом да последице на заједничко тржиште морају имати својство *директних, предвидивих и значајних ефеката*.

Овај тест надлежности ЕК је прихватила у поступку *Wood Pulp*, против 41 стране компаније (америчке, канадске и скандинавске), произвођача штампарске целулозе, због споразума (картела) о одређивању продајне цене купцима у ЕЗ. Европски суд је, међутим, прихватио друге разлоге заснивања надлежности ЕК у овом

³⁵⁹ *Ibid*, ad 354, pp. 60.

³⁶⁰ Sec. 98 para 2, German Act Against Restraints of Competition: (cit) „this act shall apply to all restrictions of competition occurring in the territory of the application of this Act, even if they result from restraints conducted outside its territory.“ – Наведено према: *Ibid*, ad 332, pp. 16-7.

³⁶¹ *Dyestuff*, OJ 1969 L 195/11.

случају, применом принципа *имплементације* акта, уместо квалификованог теста доктрине ефеката. Према оцени суда, у односу на сваки акт ограничавања конкуренције могу се разликовати место *предузимања* акта и место *његове примене* (*имплементације*). Пошто се споразум учесника картела *примењивао* на територији Заједничког тржишта, може се сматрати да су испуњени услови заснивања надлежности применом принципа територијалности.³⁶²

Очигледно је да је Европски суд, уздржавајући се од примене америчких института правне доктрине и праксе, тражио оригинални приступ који би, у највећој могућој мери, одговарао традиционалним принципима међународног јавног права о разграничењу суверенитета и јурисдикција. Такав приступ, међутим, није могао да произведе општи принцип који би био применљив у свим случајевима повреде конкуренције са страним елементом, нити да на целовити начин обухвати концепт самоограничавања јурисдикције уважавањем интереса других држава (*comity*).

Наиме, принцип имплементације није примењив на картеле страних произвођача чији је циљ подела тржишта и ограничавање производње заједничким споразумом чланова картела да *не извозе у ЕУ*. Предузети акт је, у конкретном случају, *негативан* у односу на заједничко тржиште ЕУ, тачније, недостаје му радња *примене* на територији Уније. У неким од тих случајева, Европски суд правде је био у могућности да надлежност ЕК оправда теоријом „*економског јединства*“ (енг. *'economic entity'*) између матичне компаније (са седиштем у иностранству) и зависне компаније (са седиштем у ЕУ).³⁶³ Овим тумачењем, Суд је у оцени надлежности остао у границама принципа територијалности, али је његова једностраност више него очигледна – оно, наиме, није примењиво у ситуацијама када су учесници картела стране компаније које на територији ЕУ *немају* зависне компаније, огранке, или заступнике.

Екстратериторијална примена права конкуренције је данас општеприхваћена појава, чија нужност проистиче из глобализације међународних трговинских односа. Међународне пословне операције у таквом окружењу производе последице које су, по својој природи и интензитету, регионалне и глобалне, што потврђује ограниченост класичног принципа територијалности у разграничењу јурисдикције.³⁶⁴

³⁶² *Ibid*, ad 332, pp. 19.

³⁶³ Наведени принцип је примењен у случају *ICI v. Commission of the European Communities*, Case 48/69, (1972).

³⁶⁴ (Cit) „(w)e recognise that the traditional territorial jurisdictional rules are often unequal to the task of enforcing antitrust laws against restrictive business practices which are increasingly transnational in scope.“

1.6. Савремени трендови екстратериторијалне примене права конкуренције и њихове последице

У последње две деценије дошло је до значајних новина у обиму и квалитету екстратериторијалне примене права конкуренције. Прва се огледа у примени кривично-правних одредби америчког Шермановог закона у односу на акте предузете у иностранству и од стране лица која немају националну припадност Сједињених Држава. Ову промену обележио је случај *United States v. Nippon Paper Industries Co.*,³⁶⁵ поводом кривичног поступка који је америчко Министарство правде покренуло 1995. године против јапанске компаније *Nippon Paper Industry*, због учешћа у међународном картелу у производњи факс-папира.³⁶⁶ Иако је првостепени суд усвојио приговор оптужених да се кривично-правне норме Шермановог закона не могу применити у односу на радње предузете у целости *изван* територије САД, другостепени суд је укинуо ову одлуку и изнео став да је могућа примена кривичног права и у таквим случајевима.³⁶⁷

Поред наведеног, један од нових трендова у области примене права конкуренције представља екстратериторијална примена права конкуренције у циљу омогућавања приступа домаћих компанија на иностраном тржишту (енг. *market access*). Америчко Министарство правде је став о потреби заштите извозних могућности америчких компанија определило већ у Упутствима за примену права конкуренције на међународне пословне операције из 1977. године.³⁶⁸ Иако је Министарство кориговало овај став – ограничавањем екстратериторијалне примене права конкуренције формулацијом унетом у фусноти 159 Упутстава о примени права конкуренције у међународним операцијама из 1988. године (на случајеве који доводе до повреде права америчких потрошача) – већ 1992. године враћен је ранији став о пуној заштити, а исти

(1983, Director of the Canadian Bureau of Competition Policy). Извор: Calvin S. Goldman, Geoffrey P. Cornish and Richard F.D. Corley, 'International Mergers and the Canadian Competition Act', (1994) *Fordham Corporate Law Institute* 217, 220 – Наведено према: *Ibid*, ad 332, pp. 23.

³⁶⁵ *United States v. Nippon Paper Industries Co.*, 1996-2 Trade Cas. (CCH) 71575, 3 September 1996.

³⁶⁶ *Ibid*, ad 332, pp. 14-5.

³⁶⁷ *Ibid*.

³⁶⁸ US Department of Justice, *Antitrust Guide for International Operations* (1 February 1977), cit. „... . . to protect American export and investment opportunities against privately imposed restrictions. The concern is that each US based firm engaged in the export of goods, services, or capital should be allowed to compete and not be shut out by some restriction introduced by a bigger or less principled competitor.“ – Наведено према: *Ibid*, ad 332, pp. 25.

је и званично објављен у новом, ревидираном издању Упутстава из 1995. године. У образложењу изнетог става, Министарство се позвало на неколико судских спорова, од којих су само два представљала чисте облике *иностраних* аката ограничавања извозних могућности америчких компанија: *United States v. Itoh & Co*,³⁶⁹ и *Daishowa International v. North Coast Export Co*.³⁷⁰ У првом случају, америчко Министарство одбране је поднело тужбу против јапанских увозника морских плодова због споразума о куповној цени обрађене крабе од произвођача са Аљаске, што је довело до ефекта обарања извозних цена америчких производа. Спор је решен споразумом, због чега овај случај није добио епилог у виду судског прецедента.³⁷¹

У другом случају, радило се о приватној тужби америчког извозника, поднетој због повреде конкуренције од стране јапанског увозног картела бојкотом америчког извозника. Против пресуде у овом предмету није поднета жалба, чиме је пропуштена прилика да другостепени суд изнесе правни став о основу за заснивање јурисдикције домаћег суда.³⁷²

Примена америчког *antitrust law-a* у ситуацијама ограничавања извозних могућности америчких компанија на иностраном тржишту, поред јурисдикционих питања, суочава се и са питањем примене материјалног права. Наиме, остаје нејасно да ли је за примену домаћег права довољно да је акт предузет у иностранству довео до значајног, непосредног и предвидивог ограничења приступа страном тржишту, или је потребно утврдити да ли би се исти такав акт сматрао штетним за конкуренцију када би био предузет у Сједињеним Државама. Уколико би се применило шире тумачење (које не укључује услов оцене ефеката предметног акта када би био предузет у САД), оваква примена права конкуренције не би представљала ништа друго до инструмент тржишне политике.³⁷³

Изнете недоследности, праћене категоричним оспоравањем правног основа јурисдикције и протестима других држава, разлог су изузетно ретких случајева покретања тзв. „*фус-нота 159*“ поступака (енг. *'footnote 159' cases*).³⁷⁴ Ипак, иако је изразила свој став о противљењу примени права конкуренције на иностране акте којима

³⁶⁹ *United States v. Itoh & Co*, 1982-83 Trade Cas. (CCH) 65010 (W.D. Wash, 1982) (consent decree).

³⁷⁰ *Daishowa International v. North Coast Export Co*, 1982-2, Trade Cas. (CCH) 64774 (NC Cal 1982).

³⁷¹ *Ibid*, ad 332, pp. 27.

³⁷² *Ibid*, pp. 28.

³⁷³ *Ibid*, pp. 29.

³⁷⁴ Видети: *Ibid*, pp. 30.

се ограничава конкуренција домаћих извозника,³⁷⁵ Европска унија је у поступку испитивања ефеката концентрације две америчке компаније показала управо супротно. Ради се о случају *Boeing/Mc Donnell Douglas*³⁷⁶, који је Европска комисија, по мишљењу многих аутора (међу којима је и Zanettin), искористила за условљавање одобрења концентрације раскидом уговора о искључивој продаји млазних авиона *Boeing-a* америчким авио-превозницима *American Airlines, Delta Airlines* и *Continental Airlines* за период од двадесет година (који нису били у вези са предметном концентрацијом). На овај начин, ЕК је прекорачила границе своје јурисдикције прикривеном применом члана 81 и 82 Уговора ЕЗ на случај у коме није било јурисдикционог основа за њихову примену – имајући у виду да се радило о уговорима између америчких компанија чија је примена ограничена искључиво на тржиште Сједињених Држава.³⁷⁷ Циљ условљавања концентрације био је да се спрече ефекти рестриктивних уговора између једног учесника концентрације и трећих лица, напред наведених авио-компанија. Предметни уговори би, у супротном, потиснули европског произвођача авиона *Airbus* са 11 % светског и 30 % америчког тржишта.³⁷⁸

Наведени случај довео је до сукоба између америчких органа за заштиту конкуренције и Европске комисије, имајући у виду да је америчка Федерална трговинска комисија одобрила концентрацију без икаквих условљавања. Супротно ЕК, ФТК у поступку преиспитивања ефеката концентрације није узимала у обзир рестриктивне уговоре о искључивој продаји, закључене између једног учесника у концентрацији са трећим лицима. Сукоб између америчког и европског органа примене права конкуренције је, у конкретном случају, *политички*, јер се односи на *правилност* примењене политике заштите конкуренције у циљу заштите *конкурента*, уместо *конкуренције*.

Овакви *политички*, али и *правни* сукоби различитих јурисдикција у примени права конкуренције на акте и радње предузете у *међународној трговини* јасно су указали на потребу превазилажења једностраности и недостатака екстратериторијалности *успостављањем сарадње између држава*. Иако је принцип тзв. *негативне сарадње* (енг. *negative comity*) коришћен у судској пракси и законодавству за

³⁷⁵ Видети: Comments by the European Commission on the US Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations (9 February 1995).

³⁷⁶ *Boeing/Mc Donnell Douglas*, Decision of the European Commission of 30 July 1997, OJ 1997 C136/3.

³⁷⁷ *Ibid*, ad 332, pp. 33.

³⁷⁸ *Ibid*, pp. 31, 37, 38.

самоумеравање у примени доктрине ефеката, *позитивна* сарадња (енг. *positive comity*) представља тековину деведесетих година прошлог века. Таква сарадња подразумева *активне* радње узајамног обавештавања о покретању поступка за заштиту конкуренције, размене података, координације (усклађивања) истовремених поступака поводом истог основа, размене ставова и сарадње у примени предузетих мера заштите конкуренције. Правни основ позитивне билатералне сарадње између држава нужно проистиче из *билатералних споразума*, којима су одређене врсте, облици и услови спровођења поступка међусобне координације органа за заштиту конкуренције.

Овај тренд, међутим, не значи да је екстратериторијална примена права конкуренције у значајном опадању или нестајању. Напротив, она представља *неужност* на садашњем нивоу развоја права конкуренције у међународној трговини. Границе примене екстратериторијалности одређене су домаћим правом. Оне су, у америчком праву, одређене у Упутствима за примену права конкуренције на међународне пословне операције из 1995. године, тако што је предвиђено да екстратериторијална јурисдикција може бити заснована у следећим случајевима:

(а) када радња у питању укључује рестриктивна понашања која представљају повреду америчког *antitrust law-a*;

(б) када радња има директни, значајни и разумно предвидиви ефекат на америчку унутрашњу привреду или увоз, или на извозне послове домаћих компанија; и

(в) када амерички судови имају надлежност над страним фирмама које учествују у предузимању спорних радњи (уз обавезну анализу услова за примену међународне сарадње).³⁷⁹

Европска унија је еволутивном хармонизацијом свог права заштите конкуренције са америчким правом превазишла раније непремостиве разлике по питању екстратериторијалне заштите конкуренције у међународној трговини. Остале државе имају законски и/или *de facto* знатно рестриктивнији приступ у примени доктрине ефеката. Тако, на пример, екстратериторијална примена аустралијског права конкуренције условљена је, углавном, инкорпорацијом релевантне фирме на територији Аустралије, или обављањем делатности у Аустралији. Слични услови постоје и у праву и пракси Новог Зеланда и Канаде, док се европске државе рестриктивно понашају у примени законом предвиђене доктрине ефеката. Закључак је да *пуна*

³⁷⁹ Martyn D. Taylor, *International Competition Law – A New Dimension for the WTO?*, Cambridge University Press, 2006, pp. 64.

екстратериторијална примена права конкуренције представља *привилегију* економских супер-сила, што је чини *изузетком* пре него *правилном*.³⁸⁰ Може се, с тога, рећи да *билатерална* сарадња у примени права конкуренције има већи потенцијал и значај за већину држава.

Екстратериторијалност и билатералност у заштити конкуренције у међународној трговини представљају делове јединственог *еволутивног процеса*, који није само једносмеран, већ и повратан. Повратан утицај билатералне сарадње на екстратериторијалну примену права остварује се новим облицима екстратериторијалности, који нису извор сукоба између држава, већ производ њихове унапред дате сагласности. Ради се о могућој екстратериторијалној примени права конкуренције на захтев друге државе, у складу са *позитивном* обавезом државе да одговори на захтев за сарадњу (*positive comity*), као и о реципрочном (узајамном) проширењу јурисдикције на нивоу трговинске уније две или више држава.

Концепт примене права конкуренције на акте и радње предузете у међународној трговини, који повезује екстратериторијалност и билатерализам, јесте *сарадња* (енг. *comity*) између држава. Истовремено, овај концепт омогућио је еволутивни (постепени) развој права конкуренције у међународној трговини, превазилажењем крутих оквира екстратериторијалности и преласком на билатерални систем међудржавне сарадње у области конкуренције. Основни елементи концепта сарадње, који се огледа у уздржавању од заснивања јурисдикције поводом аката и радњи предузетих у иностранству, представљени су у делу рада о екстратериторијалној примени права конкуренције. Потпунији приказ појма '*comity*' изложићемо у наредном делу, као увод у приказ билатералне сарадње у заштити конкуренције на међународном тржишту.

³⁸⁰ *Ibid*, pp. 65.

2. Уважавање интереса других држава у примени домаћег права конкуренције на акте и радње предузете у иностранству ('comity')

2.1. Појам и садржина концепта сарадње

Уважавање интереса других држава у примени домаћег права конкуренције на акте и радње предузете у иностранству – представља битан принцип заштите конкуренције у међународној трговини, који ћемо у даљем тексту обухватити скраћеним појмом *уважавања, односно сарадње* између држава. Употребни појам истог значења у енглеском језику је *'comity'*. Он у себи обухвата више дифузних значења различитих облика сарадње између држава у области примене права конкуренције на односе са страним елементом. Управо зато је тешко дати свеобухватну дефиницију појма сарадње. Према једној од њих, *„сарадња је различито дефинисана као: основ међународног права, правило о меродавном праву (одн. избору права), уважавање, љубазност, прикладност или добра воља између суверена, морално начело (потреба), пословност, реципроцитет или узимање у обзир високе међународне политике неговања пријатељског и одрживог односа између нација.“*³⁸¹ (прев. аутор)

Овако широко опредељено значење појма сарадње јединствено је за све облике међудржавних односа у области примене права и правне помоћи. Пракса примене права конкуренције у међународној трговини, међутим, обликовала је појам сарадње ('comity') у складу са особеностима права конкуренције и савремене међународне трговине.

Тако се у праву конкуренције у међународној трговини разликују две врсте концепта сарадње. *Први* је означен појмом традиционалне, односно, пасивне или *негативне* сарадње (енг. *'negative comity'*). Овај концепт представља основни инструмент умеравања екстратериторијалне примене права конкуренције на акте и радње предузете у иностранству, уважавањем националних, економских и политичких интереса државе у којој је предузет акт у питању. Spencer Weber Waller наводи у ауторском чланку да је концепт *'comity'*, као доктрину умеравања, први предложио

³⁸¹ Joel R. Paul, 'Comity in International Law', (1991) 32 *Harvard International Law Journal*, p. 3 – Cit. *„comity has been defined variously as the basis of international law, a rule of international law, a rule of choice of law, courtesy, politeness, convenience or goodwill between sovereigns, a moral necessity, expediency, reciprocity or considerations of high international politics concerned with maintaining amicable and workable relationships between nations.“* – Наведено према: *Ibid*, ad 332, pp. 184.

Kingman Brewster (Кингман Брустер) 1958. године, у облику дискреционог правила о надлежности (енг. *'jurisdictional rule of reason'*).³⁸² Наведени облик сарадње био је предмет разматрања у претходном делу рада.

Други концепт сарадње означен је појмом *позитивне* сарадње (енг. *'positive comity'*), и подразумева *активно* поступање државе *по захтеву* друге државе да покрене поступак испитивања законитости аката предузетих на територији прве (замољене) државе, када држава која упућује захтев има основа да сумња да се тим актима наноси штета њеним интересима. Захтев се, такође, може односити и на проширење већ покренутог поступка у замољеној држави, као и на прилагођавање и одмеравање санкције или мере заштите, донете у поступку пред надлежним органом замољене државе, узимањем у обзир врсте и обима повређених интереса државе која упућује захтев. Овако објашњен појам *позитивне* сарадње проистиче из OECD-овог извештаја из 1999. године.³⁸³

Разлике између два наведена концепта сарадње су очигледне. Оне нису само садржинске, већ и принципијелне, и имају различите историјске корене. Принцип *негативне* сарадње је старији и непосредно везан за питање основног концепта разграничења суверености држава, у складу са међународним јавним правом и начелом територијалности. С друге стране, настанак концепта *позитивне* сарадње везује се за прве билатералне трговинске споразуме између држава. Тачније, проистиче из одредбе споразума којом државе уговорнице „*признају постојање пословне праксе којом се ограничава конкуренција, омогућава монополистичка контрола и ограничава приступ тржишту*“, при чему се „*свака држава саглашава да започне консултације на захтев друге државе, поводом предметне пословне праксе, као и да предузме мере које нису у супротности са њеним законима, а које сматра подобним за отклањање штетних ефеката.*“³⁸⁴

³⁸² Kingman Brewster, Jr., *Antitrust and American Business Abroad*, 446 (1958) – Наведено према: Spencer Weber Waller, 'The Twilight of Comity', *Columbia Journal of Transnational Law*, 38 (2000), pp. 563.

³⁸³ OECD, Committee on Competition Law and Policy, *Report on Positive Comity – Making International Markets More Efficient Through 'Positive Comity' in Competition Law Enforcement* (the 'OECD Positive Comity Report'), DAF/CLP(99)19, adopted 6-7 May 1999 – *Cit. ... the principle that a country should (1) give full and sympathetic consideration to another country's request that it opens or expands a law enforcement proceeding in order to remedy conduct in its territory that is substantially and adversely affecting another country's interests and, (2) take whatever remedial action it deems appropriate on a voluntary basis and in considering its legitimate interests.* – Наведено према: *Ibid*, ad 332, pp. 183.

³⁸⁴ Article XVIII of the 1954 Friendship, Commerce and Navigation Treaty between Germany and the United States – Наведено према: *Ibid*, ad 332, pp. 185.

Концепт *негативне* сарадње представљао је нужност у периоду интензивне екстратериторијалне примене права конкуренције од стране америчких судова. У том смислу, он је производ судске праксе тумачења традиционалних принципа међународног јавног права у оцени постојања услова за заснивање надлежности суда. Имајући у виду различита тумачења судова, као и оштре протесте и противљења других држава у погледу признања одлука америчких судова и њихових последица, концепт *уздржавања и уважавања интереса других држава ('negative comity')* нужно је постао саставни део прописа о примени права конкуренције на међународне послове.³⁸⁵ С друге стране, концепт *позитивне, активне сарадње ('positive comity')* није добио својство чврсте, законске *обавезе*, имајући у виду да је у документима међународних споразума и организација, као и у билатералним споразумима о сарадњи, опредељен у форми *препоруке* за поступање.³⁸⁶

Период ексклузивне екстратериторијалне примене америчког *antitrust law-a* у односу на међународне пословне операције (постепено ограничаване концептом *'negative comity'*) сменио је период прихватања екстратериторијалности од стране држава које су се противиле америчкој експанзивној политици конкуренције. Тиме је концепт *'negative comity'* почео да губи на значају пред новим изазовима примене права конкуренције на пословне односе са страним елементом.³⁸⁷

У том, измењеном контексту, амерички судови су почели да показују већу рестриктивност у кривичним поступцима против међународних картела, када нису наилазили на сарадњу других држава у прикупљању и достављању доказа против чланова картела.³⁸⁸ Потребну рестриктивност показали су и у односу на парнице *страних* привредних субјеката за накнаду штете, проистекле у вези са пословањем

³⁸⁵ Видети у раду, у оквиру претходног наслова.

³⁸⁶ Држава која упућује захтев може имати само легитимно очекивање да ће замољена држава: (i) озбиљно размотрити њен захтев за консултације (енг. *'should accord sympathetic consideration to requested consultation'*) – GATT Committee on Restrictive Business Practices Affecting International Trade, 12 January 1965; (ii) покушати да отклони последице рестриктивних радњи пословних субјеката (енг. *'should attempt to ensure that these enterprises take remedial action, or should itself take whatever remedial action it considers appropriate'*) – OECD Recommendation Concerning a Consultation and Conciliation Procedure on Restrictive Business Practices, 3 July 1973, C(73)99 Final; (iii) размотрити предмет захтева (енг. *'to consider the matter'*) – 1991 EC-US Agreement (Agreement Between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities Regarding the Application of Their Competition Laws, 23 September 1991, OJ 1995 L 95/45, corrected at OJ 1995 L 131/38), Article V.

³⁸⁷ Видети: Spencer Weber Waller, *'The Twilight of Comity'*, *Columbia Journal of Transnational Law*, 38 (2000), pp. 563-579.

³⁸⁸ *United States v. DeBeers Consol. Mines, Ltd.*, 1948-49 Trade Cas. (CCH) 62, 248 (S.D.N.Y. 1948); *United States v. General Electric Co.*, 869 F. Supp. 1285, 1293 (S.D. Ohio 1994) – Наведено према: *Ibid*, pp. 573.

међународног картела. У једној од тих парница, познатој под називом '*EMPAGRAN*',³⁸⁹ Врховни суд Сједињених Америчких Држава је усвојио рестриктивно тумачење ФТАИА (*Foreign Trade Antitrust Improvements Act, 1982*). Према том тумачењу, страни субјекти могу да поднесу тужбу за накнаду штете америчком суду, само уколико тужбени захтев за накнаду штете директно проистиче из последица које су наступиле на тржишту Сједињених Америчких Држава.³⁹⁰

Нови изазови на путу успешности приватних парница за накнаду штете због повреде конкуренције проистичу из материјалноправних измена права конкуренције, које у већој мери придају значај дискреционој оцени суда о ефектима акта (енг. '*rule of reason*'), али и из процесноправних одредби, којима су уведена строжија правила у вези са легитимацијом тужиоца (енг. '*standing*'), квалификацијом штете (енг. '*antitrust injury*') и прописаним условом да је тужилац имао својство директног купца (енг. '*direct purchaser requirement*').³⁹¹

2.2. Негативна сарадња (енг. '*negative comity*')

Концепт *негативне* сарадње (услови примене, чиниоци који се нужно узимају у обзир и одмеравају у претходном поступку провере надлежности) саставни је део међународних билатералних споразума, поред тога што је уређен и у већини националних права конкуренције. Најпотпуније је уређен у члану VI Споразума између Комисије Европске заједнице и Сједињених Америчких Држава из 1991. године о примени права конкуренције.³⁹² Одредбама овог члана предвиђено је да ће државе настојати (енг. „*will seek*“) да – у оквирима сопственог права и у мери у којој дозвољавају њихови битни интереси – узму у обзир и „*битне интересе*“ (енг. „*important interests*“) друге државе, и то у свим фазама поступка испитивања повреде

³⁸⁹ *Empagran S.A. v. F. Hoffman-LaRoche Ltd.*, 315 F.3d 338 (D.C. Cir. 2003); *F. Hoffman-LaRoche Ltd. V. Empagran S.A.*, 124 S.Ct. 2359, 159 L.Ed2d 226 (2004).

³⁹⁰ Видети: Hannah L. Vuxbaum, 'National Courts, Global Cartels: *F. Hoffman La-Roche Ltd. v. EMPAGRAN S.A.* (US Supreme Court 2004)', *German Law Journal*, Vol. 05, No. 09, 2004, pp. 1095-1106.

³⁹¹ *Ibid*, ad 387, pp. 572.

³⁹² 1991 EC-US Agreement (Agreement Between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities Regarding the Application of Their Competition Laws, 23 September 1991, OJ 1995 L 95/45, corrected at OJ 1995 L 131/38).

конкуренције.³⁹³ Према одредби става 2 истог члана, „*битни интереси*“ проистичу из активности у којима има одређеног утицаја званичних државних органа, при чему се тај утицај, пре свега, огледа у законима, одлукама, или објављеним ставовима званичне политике, који су важили, односно, били познати у тренутку предузимања акта чија је законитост предмет испитивања пред надлежним органима за заштиту конкуренције.³⁹⁴

Примена концепта '*negative comity*', према члану VI став 3 Споразума, подразумева, нарочито, оцену следећих чинилаца: (1) релативни значај активности којима се врши повреда конкуренције, а које проистичу из понашања субјеката у питању на територији државе која је покренула поступак, у поређењу са значајем таквих активности које проистичу из понашања на територији друге државе; (2) присутност или одсуство намере да се предметним активностима утиче на потрошаче, добављаче или конкуренте на територији државе која је покренула поступак; (3) релативни значај последица активности привредних субјеката по интересе државе која је покренула поступак, у односу на последице по интересе друге државе; (4) присуство или одсуство разумних очекивања у погледу исхода покренутог поступка испитивања повреде конкуренције; (5) степен сукоба или усклађености између покренутог поступка и закона друге државе, или њене званичне економске политике; и (6) степен утицаја покренутог поступка, укључујући и судске одлуке и поравнања, на поступак примене права конкуренције друге државе, у односу на иста лица.³⁹⁵

2.3. Позитивна сарадња (енг. '*positive comity*')

Израз „*позитивна сарадња*“ (енг. '*positive comity*') први пут је употребљен у напред поменутом Споразуму између Комисије ЕЗ и САД о примени права конкуренције из 1991. године. Реч је о споразуму који припада *другој генерацији* билатералних уговора о сарадњи у примени права конкуренције.³⁹⁶ Позитивна сарадња у овој групи споразума, означена је као обавеза држава да: (а) свестрано и савесно

³⁹³ Cit. „(w)ithin the framework of its own laws and to the extent compatible with its important interests, each Party will seek, at all stages in its enforcement activities, to take into account the important interests of the other Party“.

³⁹⁴ Видети: Chris Noonan, *The Emerging Principles of International Competition Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 505.

³⁹⁵ *Ibid.*

³⁹⁶ Martyn D. Taylor, *International Competition Law – A New Dimension for the WTO?*, Cambridge University Press, 2006, pp. 110-113.

размотре захтев државе у којој су наступиле последице рестриктивних аката; и (б) предузму мере за отклањање штетних последица, које сматрају примереним, на добровољној основи и узимањем у обзир легитимних интереса замољене државе.³⁹⁷

Овако описани принцип *позитивне* сарадње између држава унапређен је у *трећој генерацији* билатералних уговора,³⁹⁸ тако што су додате процесне одредбе у вези са упућеним захтевом за спровођење поступка испитивања повреде конкуренције. Трећој генерацији уговора припада и нови Споразум између САД и ЕЗ из 1998. године.³⁹⁹ Наиме, замољена држава дужна је да одговори држави која јој је упутила захтев да ли намерава или не да покрене поступак испитивања повреде конкуренције. У случају неслагања, покреће се поступак консултација између држава, у смислу суочавања ставова о битним чињеницама за оцену последица понашања привредних субјеката, као и о битним интересима држава чије би остваривање било онемогућено или отежано, ако би ова понашања остала несанкционисана. Уколико, након одржаних консултација, државе нису у могућности да усагласе своје ставове (прихватањем закључака замољене државе или њиховом изменом на предлог друге државе), држава која је упутила захтев има право да покрене поступак пред домаћим органима, екстратериторијалном применом права.⁴⁰⁰

Поред тога, наведени Споразум разликује две врсте *позитивне* сарадње: прва је *кооперативна* (енг. '*co-operative' positive comity*) и односи се на случајеве у којима држава која упућује захтев *пружа помоћ* замољеној држави у поступку испитивања конкуренције; друга је *алокативна* (енг. '*allocative' positive comity*) и односи се на ситуације у којима се држава која је упутила захтев уздржава од предузимања било каквих радњи поводом спорних аката и радњи привредних субјеката, препуштајући их у потпуности замољеној држави.⁴⁰¹

Члан IV став 2 Споразума из 1998. године предвиђа услове под којима се од држава уговорница очекује да уступе надлежност и одреде застој започетог поступка,

³⁹⁷ *Ibid*, pp. 112, (Cit) „*The positive comity obligations in Second Generation Agreements expressly required the enforcing nation to: (a) give full and sympathetic consideration to the affected nation's request; and (b) take whatever remedial action the enforcing nation deemed appropriate on a voluntary basis and in considering its legitimate interests.*“ Видети и: *Ibid*, ad 394, pp. 545-6.

³⁹⁸ *Ibid*, ad 396, pp. 113-118.

³⁹⁹ Agreement between the Government of the US of America and the European Communities on the Application of Positive Comity Principles in the Enforcement of their Competition Laws, Washington DC and Brussels, 4 June 1998.

⁴⁰⁰ *Ibid*, ad 396, pp. 117.

⁴⁰¹ *Ibid*.

давањем предности поступку у држави којој је упућен захтев. Услови су да рестриктивне активности привредних субјеката у питању: (i) немају директан, значајан и разумно предвидив утицај на потрошаче у држави која је упутила захтев, или (ii) у већем делу представљају активности које се предузимају и усмерене су ка територији замољене државе, чак и када постоји квалификовани утицај на потрошаче државе која је упутила захтев. Очекивање да ће се држава одрећи сопствене надлежности, или да ће надлежни орган одредити застој покренутог поступка испитивања повреде конкуренције, проистиче из доктрине *forum non conveniens* међународног права, чији је циљ да се избегну *истовремени* поступци поводом исте ствари пред надлежним судовима две или више различитих држава.⁴⁰²

Предности *позитивне* сарадње држава у примени права конкуренције на међународне пословне операције су вишеструке. Она представља погодан инструмент ефективне заштите конкуренције, имајући у виду да (за разлику од екстратериторијалне примене права) не доводи до сукоба јурисдикција, а није зависна ни од правно-системских услова за размену поверљивих података између надлежних органа за заштиту конкуренције (с обзиром да се вођење поступка поверава држави на чијој су територији концентрисани релевантни докази). Слабост овог концепта, као што је напред наведено, огледа се у чињеници да му недостаје карактер чврсте обавезе, односно, норме – што у значајној мери отвара простор за дискрецију у доношењу одлуке по захтеву државе за покретање поступка испитивања повреде конкуренције.

Конструктиван, али истовремено и контроверзан, покушај превазилажења овог недостатка садржан је у предлогу Европске уније из 1996. године за усвајање WTO споразума о конкуренцији, који би предвидео *чврсту* (енг. *'binding'*) обавезу државе којој је упућен захтев да спроведе истрагу и достави извештај у одређеном року држави која је упутила захтев о томе да ли ће бити покренут поступак за утврђивање повреде конкуренције и изрицање одговарајућих мера забране и санкција.⁴⁰³ Наведени предлог, у овом тренутку, нема практични значај, имајући у виду да су преговори о усвајању споразума о конкуренцији на нивоу Светске трговинске организације обустављени.

⁴⁰² *Ibid*, ad 394, pp. 547.

⁴⁰³ L Brittan and K Van Miert, „Towards an International Framework of Competition Laws“ (1996) 24 *International Business Lawyer* 454 – Наведено према: *Ibid*, ad 394, pp. 549.

3. Билатерална сарадња

3.1. Прва генерација билатералних споразума

Потреба за билатералном сарадњом у примени права конкуренције на међународне пословне операције произашла је из убрзане глобализације привредних односа, која је нужно захтевала већу ефикасност у спровођењу поступка испитивања повреде конкуренције. Повећање ефикасности непосредно је зависно од координације истовремених поступака пред надлежним органима две или више држава, али и од сарадње између тих органа разменом јавно доступних и поверљивих података, пружањем правне помоћи извођењем доказа, као и избегавањем истовремених поступака применом принципа *positive comity* и *forum non conveniens*.

Историјски гледано, први билатерални споразуми су били асиметрични, јер су закључивани између Сједињених Америчких Држава и држава у односу на које су амерички судови спроводили екстратериторијалну примену права конкуренције. Ради се о тзв. *првој генерацији* билатералних споразума о сарадњи, у оквиру које *Zanettin* разликује две групе споразума: тзв. *дефанзивне* споразуме и споразуме *слабе кооперације*.⁴⁰⁴ Прва група споразума је проистекла из потребе формалног, званичног ограничења доминације америчке екстратериторијалне примене права конкуренције. Они су, наиме, производ нужне сарадње између Сједињених Држава и држава које су заштиту свог суверенитета настојале да обезбеде тзв. *блокирајућим законима* (енг. *'blocking statutes'*), о којима је било речи у претходном делу рада. Овој групи споразума припада Споразум између Сједињених Америчких Држава и Аустралије из 1982. године,⁴⁰⁵ као и Меморандум о разумевању између Сједињених Америчких Држава и Канаде из 1984. године.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ *Zanettin Bruno, Cooperation Between Antitrust Agencies at the International Level*, Hart Publishing, 2002, pp. 58-65. Martyn Taylor прву генерацију билатералних споразума означава генеричним појмом „споразуми пасивне сарадње“ (енг. *'passive co-operation agreements'*) – Видети: Martyn D. Taylor, *International Competition Law, A New Dimension for the WTO?*, Cambridge University Press, 2006, pp. 108-110.

⁴⁰⁵ Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of Australia Relating to Cooperation on Antitrust Matters, 29 June 1982, 4 *Trade Reg. Rep.* (CCH) 13502.

⁴⁰⁶ Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of Canada as to Notification, Consultation and Cooperation with Respect to the Application of National Antitrust Laws, 9 March 1984, 4 *Trade Reg. Rep.* (CCH) 13503A.

Асиметричност интереса уговорних страна јасно проистиче из Споразума САД и Аустралије, јер његове одредбе упућују на циљ Сједињених Држава да створе стабилне услове за екстратериторијалну примену свог права конкуренције у односу на Аустралију. С друге стране, циљ Аустралије је да ту примену ограничи у односу на акте предузете од стране аустралијских органа власти, као и на акте предузете у складу са аустралијским законима о извозу природних ресурса или примарних производа са ознаком аустралијског порекла. Управо тај циљ чини наведени Споразум *дефанзивним* актом са аспекта Аустралије.⁴⁰⁷

Споразум садржи одредбе о обавештавању (енг. *notification*) и консултацијама (енг. *consultations*). Одредбама члана 1 предвиђено је да Аустралија може обавестити Сједињене Америчке Државе о променама у праву и политици конкуренције које могу утицати на Сједињене Државе, а САД се обавезују да обавесте владу Аустралије о свакој одлуци о покретању поступка за испитивање повреде конкуренције, који се може одразити на законе Аустралије, политику или националне интересе Аустралије. У члану 2 је предвиђено реципрочно право сваке стране уговорнице да затражи консултације за владом друге државе у вези са покренутим поступком испитивања повреде конкуренције, који се може одразити на правни и политички систем и националне интересе стране уговорнице.⁴⁰⁸

Споразуми тзв. слабе кооперације (енг. *'weak co-operation' agreements*) закључени су између држава чији су унутрашњи прописи о заштити конкуренције предвиђали могућност екстратериторијалне примене права. Управо их та чињеница разликује од претходне групе *дефанзивних споразума* и истовремено упућује на *подударност* интереса уговорних страна – *унапређење сарадње* у поступку заштите конкуренције (уместо асиметричности, као одлике претходне групе). Овој групи споразума припада Споразум између Сједињених Америчких Држава и Савезне Републике Немачке о узајамној сарадњи у вези са рестриктивним пословним актима из 1976. године,⁴⁰⁹ као и Споразум између Савезне Републике Немачке и Француске Републике о сарадњи у области рестриктивних послова из 1984. године.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ *Ibid*, ad 404, pp. 59.

⁴⁰⁸ *Ibid*.

⁴⁰⁹ Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of the Federal Republic of Germany Relating to Mutual Cooperation Regarding Restrictive Business Practices, 23 June 1976, 4 *Trade Reg. Rep.* (CCH) 13501.

⁴¹⁰ Agreement Between the Government of the Federal Republic of Germany and the Government of the French Republic Concerning Cooperation on Restrictive Practices, 28 May 1984.

Одредбе Споразума између САД и Немачке о сарадњи упућују на спремност страна уговорница да једна другој пружају помоћ у прибављању релевантних података доступних на њиховој територији (за потребе поступка испитивања повреде конкуренције који се води у другој држави уговорници), као и да тако прибављене податке прослеђују надлежним органима за заштиту конкуренције у другој држави. Поред тога, призната је и могућност да једна држава *активно* предузима радње на територији друге државе, чији је циљ прикупљање потребних података, уз помоћ друге државе. Такође, државе су се споразумеле да неће предузимати ништа што би отежало поступак заштите конкуренције пред надлежним органима друге државе.⁴¹¹

Оно што ову групу споразума чини споразумима слабе кооперације, јесте чињеница да одредбе о сарадњи немају обавезујући карактер, као и чињеница да је њихова примена условљена. Наиме, наведене одредбе о сарадњи неће се применити ако би то било у супротности са законима државе уговорнице (посебно са законима о заштити поверљивих података), или у супротности са њеним националним интересима и јавним поретком.⁴¹²

3.2. Друга генерација билатералних споразума

Другу генерацију билатералних споразума о сарадњи у области конкуренције чине споразуми који садрже одредбе о активној, односно *позитивној* сарадњи (енг. *active cooperation, positive comity*).⁴¹³ Европска унија је чврст став о територијалности јурисдикције ублажила креативним тумачењем тог принципа, како би одговорила на изазове глобалног тржишта. Тако је, применом теорије имплементације акта, Европска комисија утврдила повреду конкуренције на Заједничком тржишту, која је настала као последица ефеката међународног картела.⁴¹⁴ Притом, учесници картела у питању нису имали огранке, зависна предузећа или заступнике на територији ЕУ, тако да је примењени принцип *имплементације* заправо представљао проширење принципа *објективне територијалности*, о чему је било речи у претходном делу рада. Тиме је ЕУ, на посредан начин, прихватила доктрину ефеката, као посебног критеријума за заснивање надлежности домаћих органа у односу на акте и радње повреде

⁴¹¹ *Ibid*, ad 404, pp. 62.

⁴¹² *Ibid*.

⁴¹³ Видети: *Ibid*, ad 404, pp. 65-76; и *Ibid*, ad 396, pp. 110-115.

⁴¹⁴ *Wood Pulp*.

конкуренције предузете изван ЕУ. Овом еволутивном процесу примене права конкуренције допринела је и Регулатива о концентрацијама којом је створен *правни основ* заснивања надлежности у поступку испитивања концентрације између учесника над којима ЕУ нема персоналну јурисдикцију (јер немају седиште, нити огранак или зависно предузеће на њеној територији).⁴¹⁵

Прихватањем нужности екстратериторијалне примене права, ЕУ се, исто као и САД раније, суочила са проблемима једностране примене права конкуренције, који се тичу прибављања доказа на територији друге државе, размене података, посебног режима заштите поверљивих пословних података, изрицања мера према привредним субјектима које треба да се примене у другој држави, али и проблема у вези са правилним одмеравањем интереса државе на чијој територији је предузет акт и координацијом истовремених поступака. У циљу превазилажења наведених проблема, ЕУ и САД су 1991. године закључиле Споразум о примени права конкуренције, који је означио почетак друге генерације билатералних споразума у овој области.⁴¹⁶ Циљ споразума је био да се традиционални облик пасивне сарадње замени *позитивном, активном* сарадњом уговорних страна, које иступају са *једнаких* позиција.

Истовремено, Канада и САД су продубиле започети процес билатералне сарадње у примени права конкуренције, која је превазишла оквире дефанзивног Меморандума о разумевању из 1984. године. Наиме, већ наредне, 1985. године закључиле су Уговор о узајамној правној помоћи у кривичним стварима, који је створио основ за сарадњу и координацију активности између органа за заштиту конкуренције.⁴¹⁷ Позитивни ефекти Уговора остварени су у неколико случајева непосредне сарадње између америчке Федералне трговинске комисије и канадског Бироа за заштиту конкуренције.⁴¹⁸ Ипак, на потребу унапређења стабилности правног оквира билатералне сарадње указао је случај испитивања концентрације између канадске и француске компаније од стране америчке ФТК.⁴¹⁹ Повод је пропуштање ФТК да обавести канадски Биро о покретању поступка против канадских фирми. У

⁴¹⁵ На пример, случај *Gillette/Wilkinson*.

⁴¹⁶ Agreement Between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities Regarding the Application of Their Competition Laws, 23 September 1991, OJ L 95/45 (27 April 1995), corrected at OJ L 131/38 (15 June 1995).

⁴¹⁷ Treaty Between Canada and the United States on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters, (1985).

⁴¹⁸ Један од њих је и сарадња остварена истовременом акцијом америчког и канадског органа, усмереном против међународног картела јапанских и канадских произвођача факс-папира. Наведено према: *Ibid*, ad 404, pp. 67-68.

⁴¹⁹ *In re Merieux, SA*, 291 FTC (1996) – Наведено према: *Ibid*, ad. 404, pp. 68.

циљу превазилажења сличних сукоба у будућности, САД и Канада су 1995. године закључиле Споразум о примени права конкуренције и спречавању нелојалне конкуренције, који припада групи билатералних споразума друге генерације.⁴²⁰

Овим су споразуми између САД, с једне стране, и ЕУ и Канаде, с друге стране, покренули мрежу сличних билатералних односа. Први у низу је Споразум између ЕУ и Канаде из 1999. године, који је заокружио однос између ове три државе и, тиме, олакшао процес размене података на трилатералном нивоу. Даљи процес међусобног повезивања путем билатералних споразума обележен је укључивањем других држава, као што су: Израел, Бразил, Мексико и Јапан.⁴²¹ И поред овог проширења, пракса је потврдила да је пуна и ефективна примена наведених споразума остварива само у случају постојања међусобног поверења између држава, односно њихових органа за заштиту конкуренције, а то значи, између држава сличне правне традиције и институционалних капацитета. Укључивање Мексика у процес билатералне сарадње у области конкуренције нужна је последица чланства у Северноамеричком Споразуму о слободној трговини (између САД, Канаде и Мексика), закљученом 1994. године (*North American Free Trade Agreement, NAFTA*).

С друге стране, Споразум између САД и Јапана из 1999. године представља завршетак дугог периода неповерења између две владе у погледу примене права конкуренције. Иако је Антимонополски закон Јапана донет још 1947. године, он није настао као резултат спонтане еволуције правне традиције Јапана и његових институција, већ као резултат обавезе коју су наметнуле окупационе снаге победничких сила из Другог светског рата. Специфичност јапанске структуре тржишта, под значајним утицајем одлука јапанских државних органа, условила је слабу примену Антимонополског закона. *Keiretsu* систем организације и повезивања привредних субјеката имао је функцију заштите домаћих производних капацитета и јачања њихове конкурентности на међународном тржишту. Имајући у виду да је такав облик привредног повезивања уживао подршку и заштиту државе, може се рећи да се ради о својеврсном облику протекционизма, који је у значајној мери спречавао приступ страних произвођача на јапанско тржиште. Управо је та ексклузивност јапанског тржишта била извор сталних тензија између САД и Јапана, чији је врхунац обележио

⁴²⁰ Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of Canada Regarding the Application of Their Competition Laws and Deceptive Marketing Practices Laws, 3 August 1995.

⁴²¹ *Ibid*, ad 404, pp. 69.

случај *Kodak/Fuji*. Приговор америчке владе у вези са недовољном применом и недостацима јапанског Антимонополског закона покренуо је процес међусобних трговинских преговора две државе у току 1989. и 1990. године, вођених под називом *Structural Impediments Initiative (SII)*. Овај процес преговора окончан је позитивним изменама јапанског закона и проширењем институционалних капацитета за његову интензивнију и ефикаснију примену. У исто време, закључен је Споразум између САД и Јапана о сарадњи у заштити конкуренције, који је требало да пружи основу за координацију активности у *заједничком* циљу обрачунавања са међународним картелима и другим облицима повреде конкуренције у међународној трговини.⁴²²

Заједничке особине споразума *друге генерације*, које их разликују од претходне генерације, огледају се у проширивању четири принципа споразума прве генерације (обавештавање, размена података, сарадња и консултације), уз истовремено увођење два нова принципа сарадње (*negative comity, positive comity*).⁴²³

Сви напред наведени билатерални споразуми о сарадњи у примени права конкуренције, осим америчко-канадског Меморандума о разумевању из 1984. године, представљају *међународне уговоре обавезујућег карактера*.⁴²⁴ Меморандум о разумевању из 1984. године, према сопственој одредби,⁴²⁵ не представља чак ни међународни уговор, већ припада групи необавезујућих споразума, чији је циљ да „консолидују трендове и правце кретања у појединим секторима, али којима недостаје снага права.“⁴²⁶ (прев. аутор)

Иако су, дакле, предметни билатерални споразуми по својој природи међународни споразуми обавезујућег карактера, њихова садржина упућује на облик билатералне сарадње који се може означити појмом „*меке*“ сарадње (енг. '*soft cooperation*').⁴²⁷ Наиме, сви споразуми друге генерације садрже одредбе о позитивној сарадњи између држава, удовољавањем захтеву друге стране уговорнице за достављање података од значаја за покренути поступак испитивања повреде конкуренције. Тако, на

⁴²² Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of Japan Concerning Cooperation on Anticompetitive Activities, 7 October 1999.

⁴²³ *Ibid*, ad 396 (Taylor), pp. 110. Zanettin разматра принцип *positive comity* у оквиру шире категорије сарадње и координације ('*cooperation and coordination*') – Видети: *Ibid*, ad. 404, pp. 72-73.

⁴²⁴ *Zanettin*, ad 404, pp. 76-77.

⁴²⁵ *Ibid*, ad 406, Article 12 – Наведено према: *Zanettin*, ad 404, pp. 77.

⁴²⁶ Opinion of Advocate General Tesouro, Case C-327/91, *French Republic v. Commission*, (1994) ECR I-3641, 3654, *Cit.* „... designed to consolidate trends and courses of action in certain sectors, but (lacking) the force of law“ – Наведено према: *Zanettin*, pp. 76.

⁴²⁷ *Zanettin*, ad 404, pp. 53.

пример, одредбом члана III(1) Споразума о конкуренцији између САД и ЕУ, предвиђено је да су се стране Споразума сагласиле да је у њиховом заједничком интересу да размењују податке који: (а) олакшавају ефикасну примену њихових прописа о заштити конкуренције; или (б) омогућавају њихово боље разумевање економских услова и теорија од значаја за примену права конкуренције од стране надлежних органа, као и интервенцију или учешће друге стране у тим поступцима, у складу са чланом II(5).⁴²⁸ Међутим, касније одредбе истог члана (став 2-4) указују да су предмет размене само подаци *општег* типа (нпр. о привредном сектору од заједничког интереса, или о планираним променама политике заштите конкуренције), као и *процедурални* подаци (тзв. *агенцијски* подаци, нпр. о тренутним активностима и приоритетима органа за заштиту конкуренције, као и о осталим питањима од заједничког интереса у вези са применом права конкуренције).⁴²⁹ Ови подаци су изван категорије привилегованих (посебно заштићених) *поверљивих пословних података*, било због тога што су познати широј јавности, или због тога што немају својство *осетљивих* података, чија би размена могла да угрози пословни углед привредног субјекта или његову конкурентност.

Свакако да предмет размене између држава, односно, њихових органа за заштиту конкуренције, могу бити и *други, поверљиви, подаци*, али је она ограничена условима предвиђеним одредбама члана VIII(1) САД-ЕУ Споразума: „*Без обзира на остале одредбе овог Споразума, ниједна Уговорница није у обавези да достави податке другој Уговорници, уколико је откривање тих података: (а) забрањено законима државе Уговорнице у чијем су поседу ти подаци, или (б) уколико би то било противно важним интересима државе Уговорнице у чијем су поседу подаци.*“⁴³⁰

Закони о заштити поверљивих података већине земаља не пружају *апсолутну* заштиту, већ предвиђају врсте поверљивих података, случајеве и услове под којима они могу бити предмет размене између државних органа, као и у поступку пружања међународне правне помоћи. У том смислу, *законски услови* представљају и услов за размену података у оквиру сарадње између органа за заштиту конкуренције.⁴³¹ Ови

⁴²⁸ *Ibid*, ad 399, Article III(1).

⁴²⁹ *Ibid*, Article III(2)-(4).

⁴³⁰ *Ibid*, Article VIII(1), *Cit.* „*Notwithstanding any other provision of this Agreement, neither Party is required to provide information to the other Party if disclosure of that information to the requesting Party (a) is prohibited by the law of the Party possessing the information, or (b) would be incompatible with important interests of the Party possessing the information.*“

⁴³¹ Видети: Brendan J. Sweeny, *The Internationalisation of Competition Rules*, Routledge, 2010, pp. 305-309.

услови се често *прећутно* „*преносе*“ у текст међународних уговора у складу са домаћим законима страна уговорница, имајући у виду општеприхваћено уставно начело да се једном, уставом и законом гарантована права не могу умањивати другим правним инструментима. На исти закључак упућује и напред цитирана одредба члана VIII(1) Споразума између ЕУ и САД.

Поред наведене гаранције примене *законских* услова размене *поверљивих* података, билатерални споразуми о сарадњи у примени права конкуренције између ЕУ и Канаде, САД и Канаде, и САД и Израела садрже одредбе о *гаранцији* пуне заштите достављених (у складу са законом) поверљивих података. Наиме, свака уговорна страна обавезује се да се, у највећој могућој мери, супротстави захтевима трећих лица за објављивање података, као и да забрани прослеђивање достављених података органима који нису надлежни за примену права конкуренције, без сагласности уговорне стране која је доставила податке.⁴³²

Циљеви заштите поверљивих података, у складу са домаћим законом, су разноврсни и, у великој мери, зависни од врсте и садржине самих података. Када су у питању поверљиви пословни подаци привредних субјеката чије је понашање предмет испитивања пред надлежним органима за заштиту конкуренције, ради се о следећим циљевима: заштита од негативног публицитета преурањеним објављивањем података пре почетка суђења; заштита тржишта капитала од психолошких реакција поводом недовољно проверених и неиспитаних података који су доспели у јавност; заштита истражног поступка (чија начела налажу анонимност извора података, као и гарантовану тајност добијених података у оквиру тзв. програма амнестије или помиловања у поступцима против картела); заштита конкурентске предности привредног субјекта на који се односе подаци у питању; заштита од приватних парница за накнаду штете.⁴³³

3.3. Трећа генерација билатералних споразума

Законом и билатералним споразумом предвиђена ограничења размене података између органа за заштиту конкуренције указала су на потребу усавршавања концепта

⁴³² Члан X Споразума између ЕУ и САД, Споразума између САД и Канаде, и Споразума између САД и Јапана – Наведено према: *Zanettin*, ad 404, pp. 74.

⁴³³ Brendan J. Sweeny, *The Internationalisation of Competition Rules*, Routledge, 2010, pp. 299-304.

билатералне сарадње засноване на споразумима друге генерације. У том циљу, настали су билатерални споразуми тзв. *треће генерације*, и то на моделу раније познатих споразума о узајамној правној помоћи у кривичним стварима (енг. *Mutual Legal Assistance Treaty – MLAT*). Иако су првобитно замишљени као правни инструмент предузимања истражних радњи у циљу прикупљања података од значаја за кривични поступак пред органима друге државе, предмет ових уговора је постепено проширен, тако што је обухватио и кривична дела настала повредом конкуренције.⁴³⁴

Ограничења овог типа споразума су очигледна. Наиме, многе државе нису предвиделе кривичну одговорност чланова картела и других субјеката који су починили озбиљну повреду конкуренције значајнијих последица (нпр. злоупотребом монопола, или стицањем монопола на недозвољени начин). Управо због тога, оне не могу бити саставни део мреже билатералних споразума о размени података од значаја за вођење кривичних поступака. САД и Канада су примери држава чији закони предвиђају кривичну одговорност за дела грубе повреде конкуренције, а њима се изменама Закона о привредним субјектима из 2002. године придружила и Велика Британија.⁴³⁵ У том смислу, ове државе испуниле су услов тзв. *двојног криминалитета* (енг. *'dual illegality'*), неопходан за примену механизма размене података у оквиру *MLAT-споразума*. Тиме је превазиђено и ограничење предвиђено у споразумима друге генерације и опште законско ограничење великог броја земаља – да се поверљиви подаци не могу доставити за потребе спровођења кривичног поступка против субјеката који су доставили податке.

И поред значајних погодности уговора о узајамној правној помоћи, њихова примена је ограничена на мали број земаља које су такав уговор закључиле, а које обично повезује велики степен међусобног поверења.⁴³⁶ Управо из тих разлога, Сједињене Америчке Државе су 1994. године донеле Закон о сарадњи у међународној примени права конкуренције (енг. *International Antitrust Enforcement Assistance Act 1994, 'IAEA Act'*). Овим законом је дато овлашћење америчким органима за заштиту конкуренције да *непосредно* закључују реципрочне споразуме о помоћи у међународној

⁴³⁴ Martyn D. Taylor, *International Competition Law, A New Dimension for the WTO?*, Cambridge University Press, 2006, pp. 113.

⁴³⁵ *Sweeny*, ad 433, pp. 308.

⁴³⁶ Treaty Between the Government of Canada and the Government of the US of America on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters, 14 January 1990.

примени права конкуренције са надлежним органима за заштиту конкуренције других држава (енг. '*International Antitrust Enforcement Assistance Agreement*', 'IAEAA').⁴³⁷

Стандарди реципрочне заштите поверљивих података опредељени су у наведеном закону веома високо, тако да ретко која држава испуњава услов за закључење предметне врсте споразума. У периоду од усвајања Закона 1994. године до марта 2006. године, закључен је само један такав споразум, и то између САД и Аустралије, априла 1999. године.⁴³⁸

Поред *MLAT*- и *IAEAA*- споразума, *трећој генерацији* припадају и унапређени билатерални споразуми друге генерације, којима су додате потпуније одредбе о примени принципа негативне и позитивне сарадње (*full negative/positive comity obligations*).⁴³⁹ Оно што их разликује од споразума претходне генерације, јесте обавеза уздржавања од једностране (екстратериторијалне) примене права конкуренције, све док не буду *исцрпљена* сва правна средства у држави на чијој је територији предузета радња повреде конкуренције. На тај начин избегава се, у највећој могућој мери, истовремено вођење поступака у обе државе уговорнице.⁴⁴⁰ Тачније, ради се о пуној примени принципа *forum non conveniens*, који се, према одредбама Споразума између ЕУ и САД из 1998. године, остварује по начелу „*први у времену, јачи у праву*“ (енг. '*who goes first*'). Ретке примере такве врсте споразума *треће генерације* представљају Споразум између САД и ЕУ о примени принципа позитивне сарадње у спровођењу закона о заштити конкуренције, закључен 4. јуна 1998. године,⁴⁴¹ као и Споразум између ЕУ и Канаде о примени закона о заштити конкуренције, закључен 7. октобра 1999. године.⁴⁴²

⁴³⁷ *Taylor*, ad 434, pp. 114-115.

⁴³⁸ Agreement Between the Government of the US of America and the Government of Australia on Mutual Antitrust Enforcement Assistance, Washington DC, 27 April 1999 – Наведено према: *Taylor*, pp. 115.

⁴³⁹ *Taylor*, ad 434, pp. 116.

⁴⁴⁰ Од примене наведене врсте споразума изузете су концентрације, код којих је уобичајено истовремено вођење поступака испитивања ефеката концентрације пред органима више држава, у складу са висином промета и тржишног удела учесника концентрације на релевантном тржишту.

⁴⁴¹ Agreement Between the Government of the US of America and the European Communities on the Application of Positive Comity Principles in the Enforcement of their Competition Laws, Washington DC and Brussels, 4 June 1998.

⁴⁴² Agreement Between the European Communities and the Government of Canada Regarding the Application of their Competition Laws, Brussels, 7 October 1999.

3.4. Четврта генерација билатералних споразума

Споразуми *четврте генерације* заснивају се на материјалној и процесној хармонизацији права конкуренције држава које закључују билатерални споразум о сарадњи.⁴⁴³ Дефинишу се као „*облик реципрочног проширења надлежности на екстратериторијалној основи*“.⁴⁴⁴ (прев. аутор) Предуслови за закључење наведене врсте споразума су: висок степен економске интеграције држава; сличност (усклађеност) материјалног и процесног права конкуренције, али и целокупног правног система и традиције; значајан обим билатералне трговинске размене; и заједничка политика хармонизације пословног права и административних прописа, уз укидање анти-дампинских прописа. Управо из тих разлога, до сада је закључен само један споразум ове категорије, и то између Аустралије и Новог Зеланда.⁴⁴⁵

Сарадња у примени права конкуренције реципрочним проширењем надлежности на екстратериторијалној основи огледа се у следећем: Надлежни органи за заштиту конкуренције сваке државе уговорнице могу да прибављају доказе на територији друге државе уговорнице, путем извршног судског налога. Такође, докази прибављени у складу са прописима и поступцима једне државе признају се по правилима о доказивању у другој држави, укључујући исправе. Судови обе државе уговорнице могу да издају позиве који су предмет доставе и извршења према лицима која се налазе на територији друге државе, а који захтевају присуство у суду који упућује позив. Поднесци и докази се могу достављати судовима обе државе уговорнице путем видеолинка, телефона или других електронских средстава са територије друге државе. У случају потребе, сваки суд је овлашћен да поступак води на територији друге државе. Правноснажне одлуке и наредбе, укључујући забране, донете од стране судова једне државе, сматрају се извршивим на територији друге државе чином регистрације (пријаве). Поред наведеног, надлежни органи Аустралије и Новог Зеланда закључили су споразуме о сарадњи, према којима један орган може покренути претходну истрагу и

⁴⁴³ Ову категорију споразума наводе сви аутори, али их само *Taylor* означава као билатералне споразуме *четврте* генерације. Видети: *Taylor*, ad 434, pp. 118-120.

⁴⁴⁴ *Taylor*, pp. 118. *Cit.* „*These agreements contemplate a form of reciprocal extension of jurisdiction on an extraterritorial basis.*“

⁴⁴⁵ Memorandum of Understanding Between the Government of New Zealand and the Government of Australia on the Harmonisation of Business Laws, CER, 1988 ('ANZ Agreement').

спровести саслушање за рачун надлежног органа друге државе, а оба органа могу да спроведу и заједничку истрагу поводом пријаве повреде конкуренције.⁴⁴⁶

Аустралија и Нови Зеланд су наведени оквир сарадње у форми *меморандума о разумевању* потврдиле „*чврстим*“ билатералним (међународним) уговором о сарадњи, закљученим 1995. године.⁴⁴⁷ Споразум је инован 2007. године.⁴⁴⁸

4. Сарадња у оквиру институционализоване и неформалне мреже органа за заштиту конкуренције

4.1. Европска мрежа органа за заштиту конкуренције ('European Competition Network', 'ECN')

а. Подела надлежности за примену права конкуренције између европских институција и националних органа држава чланица

Примену права конкуренције ЕУ (члана 101 и 102 Споразума о функционисању ЕУ) обележила су два периода. Први период (1957-2004) се заснивао на централизацији институционалне надлежности за примену комунитарног права конкуренције. То је период поделе надлежности између европске Комисије и националних органа за заштиту конкуренције, по принципу двоструке заштите конкуренције (енг. „*a two-barrier theory*“), као и јурисдикционе надлежности (енг. *jurisdictional competence*).⁴⁴⁹ Тачније, европска Комисија имала је искључиву надлежност у примени европског права конкуренције на споразуме, акте и радње који утичу на трговину између држава чланица (енг. „*effect on trade between Member States*“). С друге стране, надлежност националних органа за заштиту конкуренције ограничена је на оне облике повреде конкуренције, чији су се ефекти исцрпљивали на територији државе чланице, односно, на делу њене територије која има сва обележја посебног тржишта производа и

⁴⁴⁶ *Ibid*, ad 434, pp. 119 (Figure 22: *Procedural issues addressed by the ANZ Agreement*).

⁴⁴⁷ Cooperation and Coordination Agreement between the Australian Trade Practices Commission and the New Zealand Commerce Commission, 29 July 1994. Наредне, 1995. године аустралијска Комисија је преименована у Аустралијску Комисију за заштиту конкуренције и потрошача (*Australian Competition and Consumer Commission*). Видети: *Zanettin*, ad 404, pp. 156-157.

⁴⁴⁸ Maher M. Dabbah, *International and Comparative Competition Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 506, 532 (Table of bilateral agreements).

⁴⁴⁹ Видети: *Ibid*, Dabbah, pp. 177-187; J. Faull, 'Effect on Trade Between Member States and Community: Member States Jurisdiction' (1989) *Fordham Corporate Law Institute*.

географског тржишта. На те облике повреде конкуренције, национални органи држава чланица примењују домаће право конкуренције.

Многобројни примери примене права конкуренције пред домаћим органима указали су на случајеве „*cive zone*“, односно међусобног преклапања надлежности европске Комисије и националних органа држава чланица.⁴⁵⁰ У таквим случајевима, могло би се закључити да принцип супрематије европског права налаже уступање надлежности за вођење поступка Комисији. Ипак, Европски суд правде је креативним тумачењем права отворио могућност за координацију надлежности, односно сарадњу, уместо строге поделе, ставом да домаћи судови могу да примењују већину одредби европског права конкуренције.⁴⁵¹

Наведени став Европског суда правде није, међутим, довео до интензивније примене европског права конкуренције пред домаћим судовима, услед чињенице ограниченог обима компетенције за његову примену. Наиме, Регулативом 17/62 о примени члана 81 и 82 Споразума о Европској заједници дата је *искључива* надлежност Комисији за примену одредбе члана 81(3) Споразума. Једино је, дакле, Комисија (не и домаћи органи држава чланица) могла да оцењује испуњеност услова за појединачно изузимање споразума и других аката и радњи од забране, односно ништавости предвиђене у члану 81(1).

б. Децентрализација примене европског права конкуренције

Осамдесетих година прошлог века је наступио период интензивне интеграције комунитарног тржишта, који су обележили Јединствени европски акт из 1986. године (*Single European Act*) и Споразум о Европској унији из 1992. године (*Treaty on European Union*). Процес интеграције европског тржишта пратио је политички процес проширења ЕУ пријемом у чланство нових држава. Ове промене су указивале на опасност бирократизације политике заштите конкуренције у оквирима постојећег система, заснованог на централизованог примени члана 81(3) Споразума ЕЗ и обавезној пријави споразума, одлука и других аката привредних субјеката, подложних

⁴⁵⁰ *Dabbah*, pp. 178.

⁴⁵¹ Case 127/73, *Belgische Radio en Televisie et al. v. SV SABAM and NV Fonier* (1974) ECR 51, paras 16 and 17; (1974) 2 CMLR 238 – Наведено према: *Dabbah*, pp. 178.

претходном одобрењу европске Комисије (енг. *system of prior notification and authorisation*).

Нужност промена у систему институционалне и процесне примене европског права конкуренције покренула је дебату о децентрализацији постојећег система. Прве мере децентрализације нису донеле очекиване резултате, у смислу повећане активности домаћих судова по приватним тужбама и противтужбама за утврђивање ништавости уговора (супротног принудним одредбама члана 81(1) ЕЗ Споразума), односно, за накнаду штете причињене повредом конкуренције.⁴⁵² Циљ предузете мере био је да се сви случајеви повреде конкуренције, који нису од посебног политичког, економског или правног значаја за ЕУ, воде пред домаћим судовима и надлежним административним органима држава чланица. Уједначеност одлука домаћих органа са праксом европске Комисије и судова у области примене комунитарног права заштите конкуренције била би обезбеђена сарадњом између Европског суда правде и домаћих судова на основу члана 234 ЕЗ Споразума (сада члана 267 Споразума о функционисању ЕУ).⁴⁵³ Очекиване резултате у подели надлежности између Комисије и националних административних органа за заштиту конкуренције није донела ни друга мера, предузета 1996. године у циљу унапређења сарадње између Комисије и ових органа.⁴⁵⁴ Разлози неуспеха исти су као у односу на претходни инструмент.

Наиме, ефикасно спровођење политике и права заштите конкуренције није било могуће остварити без увођења система *паралелних компетенција* (надлежности) европске Комисије, националних судова и административних органа за заштиту конкуренције, заснованог на *пуној* примени европског права конкуренције, укључујући одредбе члана 81(3), сада члана 101(3) Споразума о функционисању ЕУ. То је учињено

⁴⁵² У циљу подстицања решавања спорова због повреде конкуренције пред судовима, Комисија је донела Обавештење о сарадњи између Комисије и судова држава чланица у вези са применом члана 85 и 86, 1993. године – *Notice concerning Cooperation between the Commission and Courts of the Member States with Regards to the Application of Articles 85 and 86*, (1993) *Official Journal* C-39/6.

⁴⁵³ Реч је о специфичном инструменту који спречава доношење конфликтних одлука по истом или битно сличном чињеничном и правном основу, односно који обезбеђује уједначеност праксе националних судова држава чланица у примени европског права заштите конкуренције и њену усаглашеност са одлукама Комисије и Европског суда правде. Овај инструмент подразумева овлашћење и дужност националних судова да одреде застој парничног поступка, ради упућивања захтева Европском суду правде за давање обавештења о примени европског права у виду тзв. прелиминарне одлуке (енг. *preliminary ruling*).

⁴⁵⁴ Обавештење Комисије о сарадњи између Комисије и националних органа за заштиту конкуренције у поступцима који подлежу примени члана 85 и 86 Споразума ЕЗ – *Notice on Cooperation between the Commission and National Competition Authorities in Handling Cases Falling within the Scope of Article 85 and 86*, (1996) *Official Journal* C-262/5.

доношењем Уредбе бр. 1/2003 о примени правила о конкуренцији у члану 81 и 82 Споразума, која је ступила на снагу 1. маја 2004. године.⁴⁵⁵

Доношењем ове Уредбе остварен је битан елемент тзв. „модернизације“ европског права конкуренције и означен нови период *децентрализоване* примене тог права. Основне особине новог система су: 1) *децентрализација* примене права; 2) *укидање система обавезног претходног обавештавања и одобрења* уговора, одлука и других аката привредних субјеката, подложних примени члана 81 и 82 ЕЗ (сада члана 101 и 102 СФЕУ); 3) принцип *паралелних компетенција*, заснован на начелу вођења поступка пред органом државе који има најбољу позицију за ефикасно вођење поступка и извршење донетих одлука; и 4) принцип *супремације европске Комисије* у односу на случајеве од посебног економског, социјалног и политичког значаја за ЕУ, као и у односу на случајеве у којима је неопходно очувати уједначеност примене европског права, или у којима је потребно донети став о новој правној ситуацији, односно правном питању.

Овако успостављен систем заснива се на процесно-правно уређеној сарадњи између Комисије и националних органа за заштиту конкуренције, као и на сарадњи између самих националних органа.⁴⁵⁶ Наведене институције заједно чине *мрежу јавних органа* (енг. '*network of public authorities*'), који примењују комунитарно право конкуренције сарадњом у размени података и ставова.⁴⁵⁷

в. Појам Европске мреже органа за заштиту конкуренције

Оквири сарадње наведених институција одређени су одредбама Главе IV Уредбе бр. 1/2003 („*Кооперација*“), као и одредбама Главе V Уредбе („*Истражна овлашћења*“).⁴⁵⁸ Потпуније одредбе о облицима, условима и начину остваривања сарадње налазе се у актима европске Комисије: 1) Обавештење Комисије о сарадњи у

⁴⁵⁵ 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, *Official Journal of the European Communities*, OJ L 1/1.

⁴⁵⁶ Појам „*национални органи за заштиту конкуренције*“ обухвата судове и административне органе (енг. '*national competition authorities*', NCAs).

⁴⁵⁷ Видети: рецитал (15) Уредбе 1/2003.

⁴⁵⁸ Chapter IV ('COOPERATION') – Art. 11-16;
Chapter V ('POWERS OF INVESTIGATION') – Art. 17-22.

оквиру Мреже органа за заштиту конкуренције⁴⁵⁹ и 2) Обавештење Комисије о сарадњи између Комисије и судова држава чланица ЕУ у примени члана 81 и 82 ЕЗ.⁴⁶⁰ Ови акти немају карактер обавезујућег правног извора, ипак, њихове одредбе *de facto* имају снагу правног акта, што произилази из чињенице да Обавештење садржи Анекс са изјавама националних органа за заштиту конкуренције, којима они потврђују да су упознати са принципима сарадње садржаним у Обавештењу, као и да ће те принципе поштовати у сваком појединачном случају испитивања повреде конкуренције.⁴⁶¹ Назив „Европска мрежа конкуренције“ (енг. *'European Competition Network', 'ECN'*) први пут је наведен управо у уводу Обавештења Комисије о сарадњи у оквиру Мреже органа за заштиту конкуренције.

Европску мрежу (органа за заштиту) конкуренције *Stephen Wilks* означио је као „јединствену, независну наднационалну мрежу“, која представља подтип „европских регулаторних мрежа“. Овај облик мрежног и прекограничног повезивања и сарадње административних и судских органа „утире пут новом дефинисању филозофије и принципа политике конкуренције, на наднационалној основи“. ⁴⁶² (прев. аутор)

2. Систем паралелних компетенција

Као што је напред речено, основне карактеристике новог система примене члана 81 и 82 ЕЗ (101 и 102 СФЕУ) огледају се у укидању обавезе претходне пријаве споразума, одлуке удружења и других аката привредних субјеката, као и у укидању њиховог претходног одобрења од стране Комисије. Ступањем на снагу Регулative 1/2003 (која је заменила ранију Регулative 17/1962), одредбе члана 81(3) ЕЗ о изузетима од забране постале су непосредно применљиве (енг. „*directly applicable*

⁴⁵⁹ Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities, *Official Journal of the European Union*, C-101/43, 27.4.2004.

⁴⁶⁰ Commission Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC, *Official Journal of the European Union*, C-101/54, 27.4.2004.

⁴⁶¹ Видети: *Ibid*, ad 459, pp. 52 – '6. STATEMENT BY OTHER NETWORK MEMBERS'; ANNEX – 'STATEMENT REGARDING THE COMMISSION NOTICE ON COOPERATION WITHIN THE NETWORK OF COMPETITION AUTHORITIES'.

⁴⁶² Stephen Wilks, „The European Competition Network: what has changed?“, *Paper for EUSA Conference*, Montreal, 17-19 May 2007. (Cit) „. . . , the ECN clears the way for the development of a supranational redefinition of the philosophy or principles of competition policy.“ „. . . ECN can be analysed as a uniquely independent supranational network.“ „The ECN is a variant of the European Regulatory Networks (ERN) analysed by Coen and Thatcher (2006).“

exception system“).⁴⁶³ То значи да одобрење Комисије више није услов важности споразума који подлежу примени члана 81(1). Тачније, нови систем преноси терет одговорности за предузете акте на саме привредне субјекте.

Наведену промену прати децентрализација примене европског права заштите конкуренције, тако што је одредбама члана 5 и 6 Регулative одређено да национални административни и судски органи примењују одредбе члана 81 и 82 ЕЗ у потпуности.⁴⁶⁴ Укинута је, дакле, ограничење *паралелних* компетенција из претходне Регулative 17/1962 којим је националним органима ускраћена примена одредбе члана 81(3) ЕЗ. Ова одредба је, међутим, у новом систему добила сасвим други аспект примене, и то *ex post factum*, по приговору субјекта против кога се води поступак (административни или судски) да појединачни споразум у питању испуњава услове за изузимање од забране.

Увођењем система *паралелних* компетенција створени су услови за значајно растерећење европске Комисије, а тиме и за усмеравање њених ресурса на случајеве спречавања и кажњавања најозбиљнијих облика повреде конкуренције (пре свега, картела и прекограничних концентрација).⁴⁶⁵

Истовремено, пуна компетенција националних органа за примену комунитарног права конкуренције нужно је захтевала дефинисање односа између члана 81 и 82 ЕЗ и националних закона о заштити конкуренције.⁴⁶⁶ То је учињено у члану 3 Регулative 1/2003, на следећи начин: Национални органи за заштиту конкуренције дужни су да, уз домаће право конкуренције, примењују одредбе члана 81 и 82 у односу на акте повреде конкуренције који имају утицај на трговину између држава чланица. У том смислу, предвиђено је да строжије одредбе домаћег закона о заштити конкуренције не могу да буду узете као основ за забрану споразума или акта који није обухваћен забраном из члана 81(1), као ни споразума или акта који испуњава појединачни услов за изузимање од забране према члану 81(3), или услове за групно изузимање од забране (на основу посебних регулатива о групном изузимању).

Наведена обавеза је наметнула потребу хармонизације националних закона о заштити конкуренције са чланом 81 ЕЗ, а тиме и до њиховог међусобног уједначавања. Наиме, државе чланице нису имале интереса да примењују двоструке правне стандарде у поступцима испитивања повреде конкуренције и тиме умање конкурентност

⁴⁶³ Видети: recital (4) Regulation 1/2003.

⁴⁶⁴ Видети: recital (6) and (7), Articles 5 and 6 Regulation 1/2003.

⁴⁶⁵ Видети: recital (3).

⁴⁶⁶ Видети: recital (8).

сопствених привредних субјеката у односу на субјекте из других држава чланица. Процес уједначавања националних закона у том делу текао је истовремено са применом нове Регулative 1/2003,⁴⁶⁷ мада је исти започет већ у претходном периоду непотпуне децентрализације, '90-тих година прошлог века.⁴⁶⁸

У том смислу, може се рећи да је члан 3 Регулative 1/2003 израз принципа *превласти* комунитарног права над националним правом и његове пуне *ефективности* (*effet utile*).⁴⁶⁹ Ова супрематија, међутим, није апсолутна, јер је ограничена осталим одредбама члана 3 Регулative, тако што је одређено да државе чланице могу на својој територији да примењују строжије одредбе домаћег права конкуренције у односу на једностране акте привредних субјеката. Поред тога, наведено је да се обавеза примене члана 81 и 82 ЕЗ од стране националних органа за заштиту конкуренције не односи на случајеве примене домаћих прописа о контроли концентрација, нити је иста обавеза од утицаја на примену домаћих прописа чији су циљеви различити од циљева члана 81 и 82 ЕЗ.⁴⁷⁰

Поред супрематије права, може се рећи да постоји и превласт Европске комисије у односу на националне органе за заштиту конкуренције. Наиме, принцип *паралелних* компетенција чланица Европске мреже подразумева *истовремено* постојање два или више надлежних органа различитих држава чланица за спровођење поступка испитивања повреде конкуренције поводом истог случаја. Основно правило је да се, у циљу ефикасности, надлежност повери *једном* од више надлежних органа, што је предмет заједничког договора органа у питању. Надлежност се, по правилу, уступа органу државе који је у најбољој позицији (енг. „*well placed to act*“) да прикупи документацију и спроведе истражне радње. Признаје се, додуше, да одређени случајеви нарочито озбиљних повреда конкуренције (посебно картела) намећу потребу *истовременог вођења поступака* у више држава чланица. У том случају, ове државе се

⁴⁶⁷ Видети: European Commission, *Report on Competition Policy*, Volume I, 2004, pp. 55; *Report on Competition Policy*, Volume II, 2004, pp. 83-120.

⁴⁶⁸ Michael Reynolds, „From Co-operation to Integration: The Relationship between National and European Competition Law through Judicial Review“, *Judicial Review in European Union Law (Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley)*, Volume I, ed. David O'Keffee, Kluwer Law International, 2000, pp. 569, 574.

⁴⁶⁹ Felix Müller, „The New Council Regulation (EC) No. 1/2003 on the Implementation of the Rules on Competition“, *German Law Journal*, Vol. 5, No. 6, 2004, pp. 731.

⁴⁷⁰ Видети: Article 3 Regulation 1/2003.

договарају о избору *водећег органа* (енг. „*a lead authority*“), у циљу координације поступака и ефикасности међусобне сарадње.⁴⁷¹

Принцип *паралелних* компетенција, међутим, важи само у хоризонталним односима чланица Европске мреже, али не и у вертикалном односу између Европске комисије и других чланица. Наиме, органима држава чланица *престаје надлежност* од тренутка када Европска комисија донесе одлуку да покрене поступак испитивања повреде конкуренције у истој ствари.⁴⁷²

д. Оквир и принципи сарадње између чланова Европске мреже конкуренције

Оквири сарадње између чланова Европске мреже (органа за заштиту) конкуренције одређени су, као што је напред речено, одредбама Главе IV Уредбе (Регулативе) 1/2003 (члан 11-16). У складу са одредбама члана 11 Уредбе, Европска комисија и надлежни органи држава чланица за заштиту конкуренције примењују комунитарна правила о конкуренцији у оквиру заједничке сарадње (став 1). У том циљу, Комисија доставља националним органима копије најважнијих докумената које је прикупила у примени члана 7, 8, 9, 10 и члана 29(1). По захтеву надлежног органа државе чланице, Комисија ће доставити и другу документацију неопходну за спровођење поступка (став 2). С друге стране, надлежни органи држава чланица обавештавају Комисију писаним путем о намери покретања поступка у циљу примене члана 81 и 82 ЕЗ, и то пре предузимања првих радњи у поступку или, без одлагања, непосредно након предузимања прве формалне истражне радње. Ове информације се, такође, могу учинити доступним надлежним органима других држава чланица (став 3).

У циљу пуне примене принципа супрематије комунитарног права, избегавања несагласних одлука националних органа за заштиту конкуренције, као и обезбеђења једнообразности примене комунитарних правила о конкуренцији – одредбом члана 11 став 4 Уредбе предвиђена је обавеза надлежних органа држава чланица да најкасније 30-тог дана пре доношења одлуке обавесте Комисију о врсти и садржини намераване

⁴⁷¹ Видети: Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities (2. DIVISION OF WORK, 2.1. Principles of allocation).

⁴⁷² Recital (17) Regulation 1/2003, *Cit.* „*If the competition rules are to be applied consistently and, at the same time, the network is to be managed in the best possible way, it is essential to retain the rule that the competition authorities of the Member States are automatically relieved of their competence if the Commission initiates its own proceedings.*“

одлуке, као и да доставе резиме садржине предмета и тока поступка. Ове информације се могу учинити доступним и органима за заштиту конкуренције других држава чланица. Посебно је, са аспекта остваривања наведених циљева, значајна одредба става 5, којом је прописано да се надлежни органи држава чланица могу консултовати са Комисијом о сваком предмету који укључује примену комунитарног права. Као што је већ наведено, покретање поступка испитивања повреде конкуренције од стране Комисије *аутоматски ослобађа надлежности* органе држава чланица (став 6). Уколико је орган државе чланице почео да предузима радње у предмету, Комисија ће поводом исте ствари покренути поступак само након консултације са тим органом.

Одредбама члана 12 Уредбе предвиђени су оквири *размене података* између чланова мреже. Комисија и надлежни национални органи држава чланица имају овлашћење да, за потребе примене члана 81 и 82 ЕЗ, размењују податке о чињеницама и праву, као и да исте користе као доказ у поступку, *укључујући и поверљиве податке*. Размењени подаци се могу користити као доказ само у наведеном циљу и само у односу на предмет испитивања због кога су прикупљени. Ограничења постоје када национално право државе којој се достављају подаци предвиђа могућност изрицања санкције физичким лицима због повреде конкуренције. У том случају, достављени подаци се могу користити као доказ у поступку против физичких лица, само под следећим условима: ако право државе која доставља податке предвиђа сличне санкције у вези са повредом члана 81 или 82 ЕЗ, или, уколико су подаци прикупљени на начин који обезбеђује исти степен заштите, односно, гаранције права на одбрану физичких лица, као у држави пријема података (став 3).

У складу са начелом да *један* орган треба да води поступак у условима паралелних компетенција, одредбама члана 13 Уредбе предвиђено је да ће органи држава који су примили пријаве о повреди конкуренције *одредити застој поступка или одбацити пријаву*, уколико је надлежни орган неке друге државе чланице већ почео да предузима радње у поступку. Комисија ће, у датој ситуацији, одбацити пријаву (став 1). У случају да је надлежни орган неке државе чланице већ спровео поступак, остали органи или Комисија ће одбацити нову пријаву о повреди конкуренције поводом истог случаја (став 2).

Сарадња између националних органа за заштиту конкуренције и Комисије одвија се у складу са начелима једнакости, поштовања и солидарности.⁴⁷³ Такву сарадњу у великој мери обезбеђује посебан, Саветодавни комитет за рестриктивне праксе и доминантан положај (енг. *Advisory Committee on Restrictive Practices and Dominant Positions*), састављен од представника националних органа за заштиту конкуренције и осталих представника држава чланица, компетентних у области заштите конкуренције.⁴⁷⁴ Комисија је дужна да затражи мишљење Комитета пре него што донесе било коју одлуку у складу са чланом 7, 8, 9, 10, 23, 24(2) и 29(1).⁴⁷⁵

Национални судови држава чланица имају, у извесној и неопходној мери, посебан положај у оквиру Европске мреже конкуренције. Они могу тражити од Комисије да им достави податке или мишљење о питањима која се тичу примене комунитарних правила о конкуренцији (члан 15 став 1). С друге стране, државе чланице имају обавезу да Комисији доставе пресуде домаћих судова, донете у примени члана 81 и 82 ЕЗ, и то без одлагања након достављања писано израђене одлуке странкама у поступку (став 2). У току судског поступка, Комисија и надлежни органи других држава чланица могу да доставе суду писана, или (по одобрењу Комисије) усмена запажања о питањима која се тичу примене члана 81 и 82 ЕЗ (став 3). За потребе припреме ових запажања, Комисија и национални органи других држава могу тражити од суда да им достави сву документацију која је неопходна за оцену предмета.

Одредбама члана 16 Уредбе прописано је да национални судови и органи за заштиту конкуренције не могу да доносе одлуке које су супротне одлукама Европске комисије. Истовремено, суд може одредити *застој* поступка, уколико је Комисија покренула поступак испитивања повреде конкуренције поводом исте ствари.

Посебан облик сарадње постоји између Комисије и националних органа за заштиту конкуренције по питању спровођења истражних радњи Комисије на територији држава чланица. Оквири те сарадње опредељени су одредбама Главе V Уредбе (члан 17-22). Комисија има овлашћење да *непосредно* прикупља податке од привредних субјеката на територији држава чланица, тако што им упућује захтев за

⁴⁷³ *Joint Statement of the Council and the Commission on the Functioning of the Network of Competition Authorities*, ad 7, *Cit.* „All competition authorities within the Network are independent from one another. Cooperation between NCAs and with the Commission takes place on the basis of equality, respect and solidarity.“

⁴⁷⁴ Article 14 ('Advisory Committee'), Regulation 1/2003.

⁴⁷⁵ *Ibid.*

достављање потребних информација. Циљ прикупљања података може бити истраживање одређених кретања (трендова) у привредној грани или сектору, или испитивање одређене групе споразума учесника на тржишту, нарочито када непроменљивост цена или друге околности указују на повреду, односно ограничавање конкуренције. Комисија може преузети и непосредну улогу у прикупљању података, тако што ће обавити потребне претраге на терену.⁴⁷⁶

Комисија, такође, има овлашћење да, у циљу непосредне примене члана 81 и 82 ЕЗ, на основу обичног захтева или посебне одлуке, затражи од привредних субјеката и њихових удружења да доставе све неопходне податке.⁴⁷⁷ Међутим, у овим ситуацијама, она је дужна да *обавести без одлагања (достављањем копије захтева или одлуке)* надлежне органе држава чланица за заштиту конкуренције на чијој територији се налази седиште субјекта коме је упућен захтев, односно, држава чланица на чијој територији се остварују последице акта који је предмет испитивања.⁴⁷⁸ На захтев Комисије, влада и надлежни органи за заштиту конкуренције држава чланица *дужни су* (енг. „*shall provide*“) да јој доставе све информације неопходне за испуњавање њених обавеза у складу са Уредбом.⁴⁷⁹

Посебно овлашћење Комисије предвиђено је у члану 19 Уредбе, као *овлашћење да узима изјаве* (енг. „*power to take statements*“). Оно се састоји у праву Комисије да непосредно обавља разговоре са физичким и правним лицима (заступницима правних лица) у циљу прикупљања информација које се односе на предмет истраге. Међутим, наведено право *условљено је сагласношћу лица* са којима треба обавити разговор.⁴⁸⁰ Уколико се разговор обавља у просторијама привредног субјекта, Комисија ће обавестити надлежни орган за заштиту конкуренције државе чланице на чијој територији се налазе просторије. Надлежни орган државе чланице може захтевати да његова службена лица присуствују разговору.⁴⁸¹

Поред права да захтева достављање података, као и права да обавља разговоре са лицима (по њиховом пристанку) у циљу прикупљања података, Комисија има и

⁴⁷⁶ Article 17, Regulation 1/2003.

⁴⁷⁷ Article 18 (1,2), Regulation 1/2003.

⁴⁷⁸ Article 18 (5), Regulation 1/2003.

⁴⁷⁹ Article 18 (6), Regulation 1/2003.

⁴⁸⁰ Article 19 (1), Regulation 1/2003, *Cit.* „*In order to carry out the duties assigned to it by this Regulation, the Commission may interview any natural or legal person who consents to be interviewed for the purpose of collecting information relating to the subject-matter of an investigation.*“

⁴⁸¹ Article 19 (2), Regulation 1/2003.

важно овлашћење да спроводи *претресе*.⁴⁸² Ово овлашћење подразумева: улазак у просторије, на земљиште или у превозна средства привредних субјеката и њихових удружења; прегледање пословних књига и других евиденција у вези са пословањем, без обзира на медијум на коме се чувају; узимање копија пословних књига и евиденција, или њихових делова; печатење пословних просторија или књига и евиденција за време потребно да се изврши претрага; право да затражи објашњење од заступника или чланова управе привредног субјекта или удружења о чињеницама или документима у вези са предметом и циљем претраге, као и право да сними одговоре.⁴⁸³

Пре предузимања било које од наведених радњи, Комисија је дужна да о томе обавести надлежни орган за заштиту конкуренције државе чланице на чијој територији треба да се изврши претрага.⁴⁸⁴ Одлука о спровођењу претреса (претраге) обавезно садржи: податке о предмету и циљу претреса, почетном датуму претраге, казнама које Комисија може да изрекне у складу са чланом 23 и 24 Уредбе, као и поуку о правном леку који се може поднети Европском суду правде. Ову одлуку Комисија може донети тек пошто консултује надлежни орган за заштиту конкуренције државе чланице на чијој територији треба предузети радње претреса.⁴⁸⁵

Службена лица националног органа за заштиту конкуренције могу присуствовати и пружати помоћ овлашћеним лицима Комисије приликом предузимања радњи претреса. У случају да привредни субјект пружа отпор Комисији у спровођењу претреса, држава чланица ће обезбедити потребну помоћ, укључујући асистенцију полиције и извршних органа. У том циљу, прибавиће се претходно одобрење суда, уколико је исто неопходно ради ангажовања полиције и извршних органа.⁴⁸⁶

Комисија може вршити претраге и на местима *изван* пословних објеката привредног субјекта, која укључују: земљиште, превозна средства, као и станове директора, чланова управних одбора и других менаџера и особља привредног субјекта.⁴⁸⁷ Претходне консултације и обавештење надлежног органа државе чланице овде, међутим, нису довољан услов за спровођење претресних радњи, већ је *неопходно прибавити претходно одобрење суда државе чланице*.⁴⁸⁸

⁴⁸² Article 20, Regulation 1/2003 ('The Commission's powers of inspection').

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ Article 20 (3), Regulation 1/2003.

⁴⁸⁵ Article 20 (4), Regulation 1/2003.

⁴⁸⁶ Article 20 (6,7), Regulation 1/2003.

⁴⁸⁷ Article 21, Regulation 1/2003.

⁴⁸⁸ Article 21 (3), Regulation 1/2003.

Као што се може видети, овлашћења Комисије у спровођењу истражних радњи на територији држава чланица су *непосредна и широка*, при чему у већини случајева захтевају претходно обавештавање надлежног органа за заштиту конкуренције државе чланице, а само изузетно и претходно одобрење националног суда или сагласност лица у односу на које се предузимају одређене радње. Комисија, међутим, може проценити да није неопходно њено непосредно ангажовање, у ком случају ће упутити захтев надлежном органу за заштиту конкуренције државе чланице да спроведе потребне истражне радње уместо ње.⁴⁸⁹

С друге стране, органи за заштиту конкуренције држава чланица *немају овлашћење да непосредно предузимају истражне радње* на територији друге државе чланице.⁴⁹⁰ У том смислу, може се рећи да је Европска мрежа конкуренције специфичан облик наднационалне мреже институција повезаних у несавршени (непотпуни) систем интеграције. Систем интеграције је потпун на вертикалном нивоу односа (Комисија – национални органи за заштиту конкуренције), али у значајној мери једностран (национални органи немају иста овлашћења у односу на Комисију, као што она има у односу на њих). Међутим, између институција на истом нивоу надлежности (национални органи држава чланица) постоји најмањи степен интеграције, заснован на територијалном принципу разграничења надлежности између држава чланица, (при чему је њихова сарадња *непосредна*, односно, не одвија се преко посредничких органа).

Овакав облик наднационалне институционалне структуре својствен је Европској унији и производ је вишедеценијског процеса интеграције заједничког европског тржишта и еволуције европског права конкуренције. Због тога не представља погодан модел институционализације наднационалног система заштите међународне конкуренције.⁴⁹¹

4.2. Међународна мрежа за заштиту конкуренције (*'International Competition Network', 'ICN'*)

Међународна мрежа за заштиту конкуренције је *транснационална организација*, основана 25. октобра 2001. године са циљем да унапреди сарадњу између националних

⁴⁸⁹ Article 22 (2), Regulation 1/2003.

⁴⁹⁰ Article 22 (1), Regulation 1/2003.

⁴⁹¹ Видети: Chris Noonan, *The Emerging Principles of International Competition Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 554-555.

органа за заштиту конкуренције и допринесе размени искустава и знања у области заштите конкуренције.⁴⁹² Ради се о тзв. *виртуелној* организацији, јер се велики број конференција одржава путем интернета и телефона.⁴⁹³ Поред тога, реч је о типу тзв. *аморфних* организација, које немају сталну управљачку структуру, односно, администрацију (секретаријат), због чега се не могу сврстати у транснационалне организације *чврстог* типа у традиционалном смислу. Овај, нови облик организације означен је генеричним појмом „*мрежа*“, а заснован је на идеји да је за управљање транснационалним ефектима глобалног тржишта потребна *и довољна* сарадња између надлежних државних органа или независних регулаторних тела, која се одвија на *добровољној* основи. Имајући у виду да је реч о *непосредној и добровољној* сарадњи надлежних органа за заштиту конкуренције, Међународна мрежа конкуренције (у даљем тексту: „ММК“) се прецизније може одредити као необавезујући аранжман о сарадњи (енг. *nonbinding cooperative arrangement*).⁴⁹⁴ Појаву транснационалних мрежа, као облика вишег нивоа сарадње између држава, прати развој тзв. „*теорија о мрежама*“ (енг. '*network theories*').⁴⁹⁵

Према дефиницији датој у Меморандуму о оснивању и деловању Међународне мреже за конкуренцију, ММК је неформална мрежа агенција за заштиту конкуренције из развијених земаља и земаља у развоју, чије су делатности усмерене ка одређеним пројектима и засноване на консенсусу чланица, основана у циљу разматрања питања од заједничког интереса о примени и процесно-материјалном усаглашавању права и политике конкуренције.⁴⁹⁶

Готово све значајније међународне институције (организације) у области спољне трговине имају радне групе или посебне комисије које се баве питањима заштите

⁴⁹² Организација данас (септембар 2012. године) има 123 чланова – националних и регионалних органа за заштиту конкуренције. Извор: A Statement by Eduardo Pérez Motta (Chair of ICN Steering Committee): „My Roadmap as ICN Chair“ (2012).

⁴⁹³ Видети: Daniel Sokol, „Monopolies Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age“, *University of Wisconsin Law School, Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 1034, February 2007, pp. 108*; Maher M. Dabbah, *International and Comparative Competition Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 151.

⁴⁹⁴ Видети: Brendon J. Sweeny, *The Internationalisation of Competition Rules*, Routledge, 2010, pp. 11.

⁴⁹⁵ Видети: Anne Marie Slaughter, *A New World Order* (Princeton University Press, 2004); John Braithwaite & Peter Drahos, *Global Business Regulation* (Cambridge University Press, 2000) – Наведено према: *Ibid*, ad 494, pp. 11, f.n. 45.

⁴⁹⁶ Memorandum on the Establishment and Operation of the International Competition Network, *Cit. „The International Competition Network (ICN) will be project-oriented, consensus-based, informal network of antitrust agencies from developed and developing countries that will address antitrust enforcement and policy issues of common interest and formulate proposals for procedural and substantive convergence through a results-oriented agenda and structure.“*

међународне конкуренције.⁴⁹⁷ Међу њима су Организација за економску сарадњу и развој (OECD), Комисија Уједињених нација за трговину и развој (UNCTAD), Комисија Међународне трговинске коморе о конкуренцији,⁴⁹⁸ Међународно удружење правника,⁴⁹⁹ Радна група Светске трговинске организације о трговини и конкуренцији,⁵⁰⁰ итд. Међутим, ММК је *једина* организација која се *искључиво* бави проблемима заштите конкуренције.⁵⁰¹

ММК је програм свог деловања усмерила ка практичном решавању проблема заједничких за све, односно већину националних органа за заштиту конкуренције. У почетном периоду активности, ММК је на годишњим састанцима разматрала следећа питања: проблем истовремене надлежности органа за заштиту конкуренције више држава у поступцима испитивања концентрације (енг. *multi-jurisdictional merger control*); јачање свести о значају конкуренције и размена искустава и знања у тој области (енг. *competition advocacy*); уједначавање праксе у поступцима контроле концентрација и откривања картела, усвајањем упутстава за поступање (енг. *guidelines for merger and cartel enforcement*); јачање институционалног капацитета нових и недовољно развијених чланова, одн. националних органа за заштиту конкуренције (енг. *capacity building*); истраживање односа конкуренције и посебних правила о условима за обављање делатности и надзор одређених привредних сектора (енг. *relationship of regulatory sector enforcement to antitrust*). У каснијем периоду, ММК је проширила план активности на проблеме у спровођењу поступака против картела, као и у случајевима злоупотребе доминантног положаја, одн. монопола.

Резултати наведених активности произашли су из рада посебних радних група (енг. *working groups*), подгрупа (енг. *subgroups*), као и тзв. радионица (енг. *workshops*), и то у виду препорука (енг. *recommended practices*), примера најбоље праксе (енг. *best practices*), приручника (енг. *manuals*), модела закона (енг. *'template on legislation'*), и тако даље.

Према оснивачком акту ММК, њени основни циљеви су: размена искуства и најбоље праксе у примени права конкуренције; промоција активности органа за

⁴⁹⁷ Chris Noonan, *The Emerging Principles of International Competition Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 56-57.

⁴⁹⁸ International Chamber of Commerce's Commission on Law Practices Relating to Competition.

⁴⁹⁹ International Bar Association, Global Competition Forum website.

⁵⁰⁰ WTO Working Group on Trade and Competition Policy.

⁵⁰¹ *Ibid*, ad 494, pp. 324.

заштиту конкуренције; унапређење међународне сарадње. Ови циљеви се остварују радом на одређеним пројектима, за које чланице дају сагласност на годишњим конференцијама ММК (енг. *annual meetings*). Годишње конференције прате годишњи састанци представника управљачке групе (енг. *'Steering Group'*) који се организују ради надзора над спровођењем радног плана у оквиру пројеката. Реализација пројеката поверава се радним групама (енг. *working groups*), при чему ММК нема за циљ да замени или координира рад других организација у области конкуренције, као ни циљ да доноси правно обавезујућа акта. Резултати радних група у оквиру појединачних пројеката представљају се у облику препорука, односно препоручене праксе (енг. *recommended practices*). Ови акти су подложни оцени и прихватању од стране чланова ММК на годишњој конференцији. Одлуке годишње конференције чланова доносе се *консенсусом*. Прихватање предложених препорука најбоље праксе не подразумева и *обавезу* чланова да исте примењују у поступцима испитивања повреде конкуренције, иако се такав ефекат обезбеђује снагом ауторитета и стручности појединаца и организација које су учествовале у њиховој изради. Осим тога, ММК има и колективну функцију надгледања и анализе праксе и политике заштите конкуренције у државама седишта чланица (енг. *'peer review'*), што је додатни инструмент суптилног (индиректног) наметања ауторитета усвојених препорука. У сваком случају, примена је *номинално добровољна*, како у погледу избора чланица да ли ће применити препоручену праксу, тако и у погледу избора начина примене (путем једностраних, билатералних или мултилатералних инструмената).⁵⁰²

Иако то није непосредно и јасно опредељено у оснивачком акту, активности ММК сасвим сигурно доводе до прихватања одређених модела, односно стандарда у примени права конкуренције, и то како са процесног, тако и са материјалноправног аспекта. У том смислу, може се рећи да ММК представља својеврсни механизам постепене (еволутивне) хармонизације права конкуренције.⁵⁰³ Ову функцију ММК потврдио је и Председавајући Управљачке комисије за 2012. годину, у свом саопштењу о намераваним активностима Организације.⁵⁰⁴

⁵⁰² Видети: Memorandum on the Establishment and Operation of the International Competition Network, 'Mission and Activities of ICN'.

⁵⁰³ *Ibid*, ad 494, pp. 366, *Cit.* "The ICN is the most obvious vehicle for a process of evolutionary harmonisation."

⁵⁰⁴ „My Roadmap as ICN Chair“ (A Statement by Eduardo Perez Motta), *Cit.* „The ICN's mission statement's first precept is 'to advocate the adoption of superior standards and procedures in competition enforcement and policy around the world'. Taking on a more active role when asked by members for assistance on specific policy

Значај ММК у процесу унапређења заштите међународне конкуренције може се процењивати посебно, као и у односу на остале транснационалне и међународне организације. Одвојено посматрано, ММК има предности и недостатке, једнако као и све остале организације. Предности су неформални начин размене искуства и знања, заснован на добровољности и консенсусу чланица, као и изградњи чврстих веза између представника органа за заштиту конкуренције различитих држава. Недостаци се огледају у одсуству правнообавезујуће снаге аката који произилазе из активности радних група, као и у одсуству механизма за решавање спорова између чланица ММК.

Упоредно посматрано, међутим, већина аутора закључује да је, у садашњем тренутку, ММК најефикаснији и најпрагматичнији облик сарадње између националних органа за заштиту конкуренције.⁵⁰⁵ Недостаци осталих облика сарадње су управо допринели настанку ММК 2001. године, чији су идејни покретач и промотер оснивања Сједињене Америчке Државе.⁵⁰⁶ С друге стране, *Zanettin*, упоређивањем ММК и ОЕСД, закључује да постоје слична институционална ограничења ове две организације, јер ниједна од њих нема овлашћења да *обавезе* чланице на примену усвојених препорука најбоље праксе.⁵⁰⁷ На крају, *Zanettin* закључује да ММК неће понудити ништа више у односу на постојећи систем интернационализоване билатералне сарадње, за разлику од потенцијалног WTO споразума о конкуренцији, који носи извесне ризике, али и несумњиво значајне могућности за ефикасну заштиту конкуренције у међународној трговини.⁵⁰⁸

initiatives not only supports competition advocacy; it also helps crystallize procedural and substantive convergence on those topics where the ICN has agreed on recommended practices, and thus helps us on our way to achieving our vision for the 2nd decade.“

⁵⁰⁵ Видети: Noonan, ad 497, pp. 57; Dabbah, ad 493, pp. 150.

⁵⁰⁶ Видети: Bruno Zanettin, *Cooperation Between Antitrust Agencies at the International Level*, 2002, pp. 237.

⁵⁰⁷ *Ibid*, pp. 239.

⁵⁰⁸ *Ibid*, pp. 282.

ГЛАВА VII

ХАРМОНИЗАЦИЈА ПРАВА МЕЂУНАРОДНЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ

1. Глобализација и њен утицај на примену права конкуренције

Глобализација има различите дефиниције. Већина научника се, ипак, слаже да је реч о економском процесу који је произашао из потребе да се превазиђу недовољни капацитети и ефекти појединачних државних мера у праћењу и усмеравању економског развоја. Основни чинилац овог процеса је технологија, будући да је довела до веће међузависности између држава и значајног пораста међународних пословних операција великих компанија. Овај процес се нагло развио 80-тих година и био доминантан на међународној сцени 90-тих година прошлог века.⁵⁰⁹ С друге стране, има и познатих правника и економиста, који указују да је реч о „*поново измишљеном*“ појму, тачније, о појави која не представља ништа значајно ново у међународним економским односима. Претпоставља се да је прву дефиницију глобализације дао немачки правник Rudolf Von Ihering већ у деветнаестом веку, познатом крилатицом: „*Док су државе међусобно ратовале, трговци су проналазили и обнављали путеве који воде од једне до друге нације и поново успоставили међусобни однос размене робе и идеја . . .*“.⁵¹⁰ Познати економиста, добитник Нобелове награде, Пол Кругман (Paul R. Krugman), поставио је, у истом смислу, реторичко питање – „*Због чега умишљамо да је глобално тржиште нешто ново?*“ – да би одмах и одговорио – „*због тога што је политика убила прво глобално тржиште*“, тако што су „*између 1914. и 1945. године ратови и протекционизам растргнули густу мрежу трговине и инвестиција.*“ Статистички, Кругман је указао да се удео међународне трговине у светској производњи вратио на

⁵⁰⁹ Lanucara, Lucio (2002) „The Globalization of Antitrust Enforcement: Governance Issues and Legal Responses“, *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 9: Iss. 2, Article 4, pp. 438; P. S. Mistry, *Regional Integration Arrangements in Economic Development – Panacea or Pitfall?* 12 (1996).

⁵¹⁰ Rudolf von Ihering, *Law as a Means to an End* 175 (Isaak Husik trans., 1913), *quoted in* 1 Sidney Post Simpson & Julius Stone, *Law and Society* 313 (1948) – Наведено према: Mitsuo Matsushita, „International Cooperation in the Enforcement of Competition Policy“, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 1, 2002, pp. 463.

ниво из 1913. године тек 1970. године, као и да данас није ништа већи него што је био пре сто година.⁵¹¹

Свакако да су међународни економски односи настали и развијали се вековима уназад, да су превазилазили оквире политичких активности и економских мера појединачних држава, али и да су поново и изнова били ометани и заустављани управо тим активностима и мерама. Једном речју, ако државе и нису могле значајно да утичу на напредак процеса глобалног повезивања трговаца, њихове националистичке политике, ратови и протекционизам су овај процес ометале, успоравале и заустављале. Ипак, дефиницију глобализације у савременом свету треба неизоставно проширити новим утицајима и појавама, попут технолошког развоја и информатике, која је читав свет учинила *глобалним селом*. Такође, у тај појам треба укључити и нове политичке импликације које се огледају у концентрацији процеса одлучивања у светским центрима моћи, институционализованим у Светској банци, Међународном монетарном фонду и Светској трговинској организацији. Тај нови политички процес је, истовремено, праћен слабљењем суверенитета појединачних држава, децентрализацијом политичког процеса одлучивања унутар државе и његовим „раслојавањем“.⁵¹²

Очигледно је да некадашња мрежа међународне повезаности трговаца и инвеститора, на коју указује Кругман, у савременом свету добија нове и интензивније карактеристике. Једна од њих је настајање заиста *глобалне* мреже међународних пословних операција, чији обим и значај интензивира процес конкуренције компанија на тржишту које је, у све већој мери, регионално и светско. Уз то, савремене спољнотрговинске односе одликује значајна покретљивост робе и радне снаге (коју омогућују савремени облици транспорта и квалитетна инфраструктура), али и убрзавање тока цивилизације и размене информација (коју омогућује технолошки напредак и појава Интернета).

У условима савременог процеса глобализације, мултинационалне и транснационалне компаније своју организациону структуру и стратегију конкуренције прилагођавају локалним (националним) тржиштима у којима послују. Оне то чине у

⁵¹¹ Paul R. Krugman, *Pop Internationalism* 208, 212 (1996) – Наведено према: Freidl Weiss, „From World Trade Law to World Competition Law“, *Fordham International Law Journal*, Volume 23, Issue 6, 1999, Article 18, pp. 272.

⁵¹² О томе више: *Ibid* ad 509, pp. 443-448.

циљу акумулације што повољнијих фактора производње и трговине, искоришћавањем компаративних предности националног или локалног тржишта, попут квалификоване и јефтине радне снаге, концесија за истраживање и експлоатацију природних ресурса, подстицајних мера држава домаћина усмерених ка привлачењу страних инвеститора (пореска ослобођења и олакшице), итд. Ове компаније своје пословање усклађују са правним режимом државе у којој послују, када се оно остварује путем тзв. комерцијалног присуства (енг. „*commercial presence*“). У том смислу, оне могу постати „таоци“ државе домаћина.

С друге стране, последице мера предузетих у оквирима глобалне пословне политике мултинационалних компанија могу погађати и државе у којима оне немају значајнији облик комерцијалног присуства, што домаћу привреду може учинити „таоцем“ непоштене тржишне утакмице и повреде конкуренције (нарочито услед пословних одлука извозних и међународних картела, или услед злоупотребе монополског положаја). У таквим случајевима, државе се суочавају са низом препрека или, чак, потпуном немогућношћу да предузму ефективне мере заштите у ограниченим оквирима својих правних система. Једнострано предузете мере могуће су ако је законом предвиђен посебан основ за заснивање међународне надлежности домаћих судова и/или административних органа – који превазилази традиционалне принципе објективне и/или субјективне територијалности за заснивање надлежности и примену домаћег права.

Реч је о примени тзв. „*доктрине ефеката*“ (енг. „*effects doctrine*“), која представља правни основ заснивања међународне надлежности и примене домаћег права заштите конкуренције – увек када се последице предузетих радњи којима се врши повреда конкуренције остварују на домаћој територији, без обзира на то где су предузете и без обзира на националну припадност и пребивалиште лица која су учествовала у предузимању штетних радњи. Екстратериторијалну примену права заштите конкуренције активно и ефективно су спроводиле Сједињене Америчке Државе, готово од почетка двадесетог века. Често је, међутим, доводила до значајних тензија између САД и држава чији су привредни субјекти били погођени изреченим санкцијама и мерама заштите америчких судова, као и држава у којима је требало спровести новчане казне, мере структурне реорганизације (поделе) привредних субјеката, или забране концентрације (спајања и аквизиције). Тај сукоб политичких и привредних интереса укључених држава доводио је и до поремећаја нормалног тока

међународне правне сарадње у поступку признавања и извршења страних судских одлука. Тачније, државним законодавним интервенционизмом у овој области међународне правне сарадње, директно је забрањено признавање и примена судских одлука донетих у примени права заштите конкуренције (енг. „*blocking statutes*“). У другим случајевима, тачније, тамо где је изречена санкција због повреде конкуренције успешно спроведена на имовини компаније, државе националне припадности осуђених компанија доносиле су законе за повраћај казненог дела наплаћених новчаних казни (до износа тзв. троструке штете коју дозвољава право САД) – (енг. „*clawback statutes*“).

Једнострана (екстратериторијална) примена права заштите конкуренције на акте и радње привредних субјеката *изван* територијалне и субјективне надлежности јавноправног суверена (тј. изван традиционалних принципа међународног приватног права) – активно је заступљена последњих деценија и у Европској унији (упркос њеном ранијем противљењу једностраним актима САД). Она то чини у поступку испитивања концентрација, чији учесници немају пословно седиште или други облик присуства на територији ЕУ, ако – због обима и вредности оствареног промета њихових производа на територији ЕУ (а тиме и значајног тржишног удела на тој територији) – концентрација утиче, односно, може значајно утицати на конкуренцију и заједничко тржиште Уније. Имајући у виду да све већи број испитиваних концентрација обухвата компаније са значајним тржишним уделом у различитим државама (у којима подnose посебне пријаве концентрације надлежним органима примене права заштите конкуренције) – јасно је да се увећава и могућност продубљивања сукоба јурисдикција. То су потврдили и примери различитих одлука америчког Министарства правде и Федералне трговинске комисије САД, с једне стране, и Комисије ЕУ, с друге стране.

Описани конфликти различитих јурисдикција, интензивирани екстратериторијалном применом домаћег права заштите конкуренције на основу анализе *ефеката* радњи и аката предузетих *изван* територије државе примене права – јасно указују на ограниченост примене домаћег права као метода за превазилажење противуречности између глобализације и класичног државног суверенитета. Штавише, може се видети да она доводи до још дубљих и интензивнијих противуречности и сукоба.

2. Хармонизација и њени облици

У циљу проналажења најопштије тачке заједничких интереса (енг. „*the lowest common denominator*“) држава које учествују у процесу обликовања међународне политичке, економске и институционалне сарадње, разматрају се могући облици и обим хармонизације права заштите конкуренције.

Хармонизација се може дефинисати као процес у коме се различити елементи комбинују или прилагођавају једни другима, тако да чине кохерентну целину, уз истовремено очување сопствене индивидуалности. У релативном смислу, хармонизација је успостављање односа између различитих ствари. Њено апсолутно и најчешће значење, међутим, указује на успостављање односа договора или сагласја.⁵¹³ *Хармонизација права* се, у том смислу, може означити као процес смањивања разлика између националних прописа и њихове примене, без тежње за остваривањем једнообразности (униформности, унификације).⁵¹⁴

Формална (званична) хармонизација права конкуренције тренутно је ограничена на регионалне споразуме, као што су Европска унија и ANZERTA, мада показује и потенцијал развоја унутар плурилатералних споразума (иако таквих споразума још увек нема).

Неформални (незванични) процес хармонизације неки аутори називају *еволутивном хармонизацијом* (енг. „*evolutionary harmonisation*“). Она се постепено остварује и развија у поступку неформалне координације различитих политика заштите конкуренције и сарадње у примени права заштите конкуренције.⁵¹⁵ У садашњем тренутку, ово је и најзначајнији облик усаглашавања у тој области. Остварује се сарадњом између националних и регионалних тела надлежних за примену права заштите конкуренције, која се одвија на састанцима и радним групама Међународне мреже за конкуренцију – *International Competition Network (ICN)*.⁵¹⁶

Последњих деценија је забележен значајан пораст броја држава које су донеле законе о заштити конкуренције. Међу њима је велики број земаља у развоју, као и

⁵¹³ M. Boodman, „The Myth of Harmonization of Laws“ (1991) 39 *American Journal of Comparative Law* 699 – Наведено према: Brendan J. Sweeney, *The Internationalisation of Competition Rules*, Routledge 2010, pp. 360.

⁵¹⁴ Brendan J. Sweeney, *The Internationalisation of Competition Rules*, Routledge 2010, pp. 359-360.

⁵¹⁵ *Ibid.*, pp. 359-360.

⁵¹⁶ О одликама овог вида хармонизације, више у раду под насловом: „Глава VI. Међународна институционална сарадња у заштити конкуренције“.

земаља у транзицији, међу којима је и Србија. Право САД и Европске уније представљају два доминантна модела према којима се обликују закони о заштити конкуренције. Европска унија остварује утицај на околне земље, пре свега, државе централне и источне Европе, са којима закључује споразуме о стабилизацији и придруживању. Једна од обавеза које државе преузимају на основу ових споразума односи се на усклађивање домаћег законодавства за правом ЕУ и, посебно, на обавезу усвајања компатибилног закона о заштити конкуренције. Такву обавезу преузела је и Србија.

С друге стране, амерички модел има шири глобални утицај, који је започео још након Другог светског рата, утицајем на Немачку и Јапан да усвоје законе о заштити конкуренције по америчком моделу, са циљем елиминисања концерна који су пружали подршку војној експанзији ових држава.⁵¹⁷ САД остварују, такође, утицај на суседне земље, као и на земље Латинске Америке, али и Азије.⁵¹⁸ Свакако да и такав начин преузимања законских решења из упоредног права представља облик постепене, односно спонтане хармонизације. Овде, међутим, треба бити опрезан, јер се један закон не може на исти начин примењивати у земљама са различитом правном традицијом и културом. То најбоље показује пример Јапана, у коме је закон о заштити конкуренције донет после рата по угледу на амерички, да би неколико деценија након почетка примене и постепеног прилагођавања започео процес његовог приближавања праву конкуренције Европске уније.⁵¹⁹ У сваком случају, преузимање законских решења других земаља ретко се огледа у потпуном „пресађивању“ законског текста у домаћи правни систем – чешће је реч о преузимању само одређених делова закона, или комбинацији одредаба из више различитих закона. Такав процес спонтане координације закона о заштити конкуренције носи у себи клицу неприлагођености закона домаћем правном систему и отежаној примени, ако не и потпуном одсуству примене закона.

Ову „разуђеност“ домаћих прописа из области заштите конкуренције продубљују приметне разлике између европског и америчког система заштите конкуренције. Амерички систем се у значајној мери ослања на кривичну одговорност

⁵¹⁷ Lanucara, Lucio (2002) „The Globalization of Antitrust Enforcement: Governance Issues and Legal Responses“, *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 9: Iss. 2, Article 4, pp. 456.

⁵¹⁸ *Ibid.*

⁵¹⁹ Mitsuo Matsushita, „International Cooperation in the Enforcement of Competition Policy“, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 1:463, pp. 474.

учесника картела, затим, на могућност покретања парничних поступака због повреде конкуренције, по тужби државе, али и приватних лица (грађана, компанија, удружења потрошача), као и на могућност изрицања пресуде за накнаду штете у троструком износу (енг. „*treble damage*“). С друге стране, европски систем је, по својој природи, управни (административни), имајући у виду да Комисија ЕУ (као и национални органи заштите конкуренције) имају законско овлашћење да изричу новчане казне и забране.

520

Наведене разлике се могу превазићи само мултилатералним споразумом. Притом, јапански професор права Мицуо Мацушита (Mitsuo Matsushita) прави разлику између *материјалне* хармонизације и *процесне* хармонизације. Првим обликом хармонизације постиже се приближавање националних прописа у погледу врсте и облика понашања која су предмет испитивања пред органима заштите конкуренције, као и у погледу услова за примену права и критеријума оцене повреде и нарушавања конкуренције. Имајући у виду постојећи степен неусклађености закона, као и тежњу већине држава да самостално (суверено) врше контролу пословних активности на својој територији, предлог је овог аутора, као и великог броја других, да мултилатерални облик хармонизације обухвати само акте и радње са међународним елементом (не и оне који би се односили на чисто *националне* случајеве повреде конкуренције). У том смислу, Мацушита предлаже режим *делимичне* материјалне хармонизације, која се односи на акте и радње са *непосредним (директним) дејством* на међународни проток робе и стране инвестиције. То укључује забрану: а) међународних картела који одређују цене и врше поделу тржишта; б) извозних или увозних картела који очигледно ограничавају трговину; в) бојкота, чији је циљ да се онемогући приступ страних производа тржишту; г) било које активности чији је основни циљ или последица искључење страних производа и привредних субјеката са домаћег тржишта и ускраћивање приступа тржишту. Према овом схватању, вертикална ограничења, дискриминаторско одређивање цене, и концентрације (спајања и припајања) – немају нужно непосредни утицај на тржишни приступ страних производа и инвеститора – због чега државама треба оставити законодавну слободу и дискрецију у доношењу и примени прописа у том делу. С друге стране, усклађивање *поступака* примене права заштите конкуренције (процесна хармонизација) требало би, за сада, ограничити на

⁵²⁰ *Ibid.*

захтеве транспарентности и правичног процеса, али и на примену принципа недискриминације.⁵²¹

3. Могућност хармонизације права конкуренције под окриљем Светске трговинске организације

И други правни стручњаци, попут Свинија (Brandon Sweeny), деле мишљење да је свеобухватна хармонизација права заштите конкуренције тешко остварива.⁵²² Постоје, међутим, међународни субјекти и појединци који се залажу за чврсту, односно формалну хармонизацију (и делимичну унификацију) правних правила у овој области. Најистрајнији заговорник унификације права заштите конкуренције је Европска унија. Представке које је ЕУ упућивала WTO Радној групи за трговину и конкуренцију садрже њено залагање за усвајање мултилатералног споразума о заштити конкуренције под окриљем Светске трговинске организације. Ипак, ни такав споразум не би представљао облик свеобухватне хармонизације, већ хармонизације засноване на одређеним општим принципима. Предлог ЕУ, према представи из 2001. године, јесте да се будућим споразумом предвиде обавезе држава чланица да усвоје правила о картелима, активно примењују основне принципе недискриминације, транспарентности и правичног процеса, као и да прихвате надлежност WTO органа за решавање спорова између држава чланица који проистекну из примене тог споразума.

Према Свинију, овај предлог има значајне недостатке, који се огледају у чињеници да проблем међународних картела није решив унификацијом правила, већ пре свега ефикаснијом применом права и сарадњом држава у откривању и санкционисању картела. Затим, недостаци се огледају и у чињеници да примена начела недискриминације не може спречити дискриминацију која настаје као последица аката и радњи приватних (недржавних) субјеката, имајући у виду да WTO споразуми нису споразуми непосредног дејства. У вези са тим, Свини истиче и чињеницу да предмет испитивања пред WTO панелима у овој врсти спорова може бити само *de lege*, али не и *de facto* дискриминација. Предност ЕУ предлога је, по Свинију, у томе што предвиђа наднационални (супранационални) облик контроле примене права заштите конкуренције.

⁵²¹ *Ibid.*

⁵²² Видети: *Ibid.* ad 514, pp. 373-415.

Поред овог, уског концепта хармонизације (по TRIPS-моделу), Свини и Џејсон Кернс (Jason E. Kearns), указују и на модел хармонизације примењен при изради Пратећег документа уз Споразум о основним телекомуникационим услугама (тзв. секторски приступ).⁵²³ Реч је о споразуму чији је циљ да спречи рестриктивне акте и радње монополских предузећа у области телекомуникација, или више таквих предузећа са ексклузивним правима за обављање те делатности – којима се искључује или отежава *de lege* отворен приступ страним субјектима. У том смислу, Споразум предвиђа обавезу држава чланица да предузимају одговарајуће мере у циљу спречавања домаћих произвођача, као главних добављача (енг. „*the major supplier*“), да учествују у радњама којима се ограничава конкуренција (енг. „*from engaging in or continuing anticompetitive practices*“). Наведена су три примера таквих радњи доминантних добављача, као неконкурентних, и то: покривање губитака у пословању преусмеравањем средстава остварених у профитабилним делатностима ка непрофитабилним делатностима (енг. „*cross-subsidization*“); злоупотреба информација добијених од конкурената; неправовремено омогућавање другим добављачима телекомуникационих услуга приступа техничким информацијама о мрежи и битним информацијама о тржишту. Прва држава чланица која је била тужена због непримене предметног Споразума је Мексико у случају *Mexico – Measures Affecting Telecommunication Services*.⁵²⁴

Свини закључује да овај секторски споразум може послужити као модел за доношење сличних правних аката који садрже одредбе о заштити конкуренције и у другим услужним секторима. Кернс је са истог полазишта отишао даље, подржавајући усвајање Пратећег документа уз GATS у области дистрибутивних услуга – “*A Distribution Services Reference Paper to the GATS*”.⁵²⁵

Ипак, као најприхватљивију, Свини предлаже циљану хармонизацију правила за најважније облике повреде конкуренције у међународној трговини (енг. „*targeted solutions*“). То су следећи облици: приватне тржишне баријере (енг. „*private trade barriers*“), извозни картели (енг. „*export cartels*“), међународни картели (енг.

⁵²³ „The Basic Telecommunication Agreement“, *Fourth Protocol to the General Agreement on Trade in Services*; „Reference Paper to the Basic Telecommunication Agreement“, *Annex to the Basic Telecommunication Agreement*.

⁵²⁴ *Mexico – Measures Affecting Telecommunication Services* WTO Doc WT/DS204/R (2004) (Report of the Panel Adopted on 1 June 2004) (*Telmex*).

⁵²⁵ Jason E. Kearns, „International Competition Policy and the GATS: A Proposal to Address Market Access Limitations in the Distribution Services Sector“, *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 2001, Vol. 22:2, pp. 311-323.

„*international cartels*“), међународне концентрације и монополско понашање (енг. „*international mergers and monopolistic conduct*“).⁵²⁶

3.1. Приватне тржишне баријере

Једно од могућих решења у процесу координације и приближивања права заштите конкуренције са циљем уклањања приватних тржишних баријера, понудио је Филип Марсден (Phillip Marsden).⁵²⁷ Према овом предлогу, државе би под окриљем WTO преузеле додатну обавезу, и то на основу споразума о новом правилу о тржишном приступу (енг. „*a new market access rule*“, „*a new market blockage rule*“). Марсденов предлог је да овај концепт истовремено треба да задовољи интересе и трговине и конкуренције. Тачније, државе би преузеле обавезу да спречавају све облике приватних радњи и аката којима се значајно омета увоз производа и приступ страних произвођача тржишту, уколико се њима истовремено значајно нарушава конкуренција на домаћем тржишту. Само када су оба ова услова испуњена (значајно ометање тржишног приступа и значајно нарушавање домаће конкуренције), држава *извоза* може поднети тужбу против државе *увоза*. Предност Марсденовог предлога је у томе што се у спору између држава не мора утврђивати да је држава увоза вршила дискриминацију у односу на увозне производе и стране произвођаче. Марсденов предлог, наиме, указује да један исти акт или радња може имати једнако ограничавајуће дејство и на домаће и на стране произвођаче.

Друго могуће решење овог проблема је примена закона о заштити конкуренције на недискриминаторски начин, уз споразум држава о успостављању наднационалне контроле над применом прописа. То се може спровести на два начина: прилагођавањем постојећих WTO одредби или закључењем посебног споразума о недискриминаторској примени закона, чије би спровођење било предмет наднационалне контроле.⁵²⁸ Прилагођавање постојећих одредби ГАТТ-а и WTO значило би: проширивање појма „мере“ тако да обухвати и *пропуштање* државе да спроведе поступак и казни починиоце, односно приватне субјекте чији акти и радње спречавају приступ страних производа домаћем тржишту; увођење претпоставке (легитимног очекивања) да ће

⁵²⁶ *Ibid*, ad 514, pp. 377-415.

⁵²⁷ Phillip Marsden, *A Competition Policy for the WTO* (2003) – Наведено према: *Ibid*, ad 514, pp. 378.

⁵²⁸ *Ibid*, ad 514, pp. 384.

закон о заштити конкуренције бити примењен онако како гласи; обавезу државе извоза да докаже да се мером врши дискриминација увоза.

С друге стране, посебан споразум о недискриминаторској примени закона треба да допринесе да државе приликом усвајања и примене закона о заштити конкуренције не поступају на начин којим се дискриминишу локални и страни произвођачи. У том смислу, требало би обезбедити неколико процесних механизма ради остваривања сврхе споразума: услов претходног искоришћавања свих доступних правних инструмената заштите у земљи увоза (енг. „*exhausting domestic procedures in the importing state*“); обавезно пружање међународне правне помоћи (енг. „*positive comity*“); могућност подношења приватне тужбе суду због повреде конкуренције (енг. „*private rights of action*“); једнак приступ локалним процесним механизмима заштите (енг. „*nondiscriminatory access to local processes*“); транспарентност; поступак заштите конкуренције у земљи извоза (енг. „*action in the exporting state*“), као алтернативни механизам заштите (уколико држава увоза одбије да покрене поступак); контрола пред WTO панелима (енг. „*review by WTO panel*“).⁵²⁹

Први процесни услов – обавезно претходно искоришћавање свих доступних инструмената правне заштите у земљи увоза – подразумева суспензију екстратериторијалне примене права заштите конкуренције земље извоза, у случајевима када штетне последице погађају само њихове извознике. У случају да држава увоза одбије да спроведе поступак испитивања повреде или нарушавања конкуренције, а то не учини ни након упућене замолнице за пружање правне помоћи, ту прилику ће имати држава извоза. Ова могућност супсидијарне екстратериторијалне примене права заштите конкуренције је истовремено и алтернативна – уместо да сама покрене и спроведе поступак, држава извоза може поднети тужбу Светској трговинској организацији.

Описани модел споразума је, у овом тренутку, више теоријски, него реално остварив, и то нарочито у погледу обавезе држава да свој суверенитет у примени права заштите конкуренције подреде наднационалном контролном телу.⁵³⁰

⁵²⁹ *Ibid*, ad 514.

⁵³⁰ WTO панеле чине стручњаци за трговинско право, па постоји оправдана подозривост у компетентност панела да процењује ефекат приватних тржишних баријера на конкуренцију. Осим тога, WTO споразуми немају директно дејство у правном поретку држава чланица, тако да одлуке панела не би могле имати непосредно извршно дејство на приватне субјекте државе увоза.

3.2. Извозни картели

Извозни картели су, у већини земаља, изузети од примене права заштите конкуренције, имајући у виду да се њихов ефекат остварује на иностраном, а не на домаћем тржишту. Они су, међутим, један од основних повода за забринутост неразвијених земаља и земаља у развоју, у којима се остварују ефекти извозних картела. Ти ефекти се могу огледати у подели националног тржишта земље увоза, извозу производа по дампинг ценама са циљем потискивања и елиминације домаћих конкурената, и тако даље. Истовремено, државе увоза немају правну традицију, нити потребан институционални и кадровски капацитет за ефективно санкционисање ових картела. Имајући у виду да је, ради заштите конкуренције на домаћем тржишту, у наведеном случају неопходно применити право конкуренције на субјекте са седиштем и пребивалиштем у иностранству, као и то да земље увоза често не поседују могућност супституције увоза домаћом производњом – јасно је да постоје значајни ограничавајући фактори ефикасне једностране (унилатералне) примене права. Због тога се многи стручњаци залажу за међународни (мултилатерални) приступ наведеном проблему, иако постоје и они који значај извозних картела умањују истицањем да не постоје чврсти емпиријски показатељи њихове штетности.

С друге стране, извозни картели могу имати корисне ефекте, нарочито када је реч о удружењима малих и средњих предузећа, која појединачно немају производне могућности да задовоље тражњу на иностраним тржиштима (у смислу економије обима). Такође, ова удружења су од значаја за земље у развоју, које стандарде неопходне за стицање међународне конкурентности домаћих производа често усвајају и примењују у оквиру тзв. кластера (кооперација, привредних удружења). Заједничка пословна политика већег броја привредних субјеката у оквиру кластера има свој епилог у заједничкој извозној стратегији.

Има предлога да се проблем извозних картела реши у оквирима ограничене хармонизације, која подразумева примену начела националног третмана на извозне картеле или измену законских одредби којима су изузети од примене правила о заштити конкуренције.⁵³¹ У том смислу, предлаже се обавеза разматрања ефеката извозних картела по замолници земље увоза (*positive comity*), и то, наравно, оних који

⁵³¹ *Ibid*, ad 514, pp. 396.

се остварују на тржишту земље увоза. Постоји и могућност у оквиру овог предлога – да се оштећеним увозницима омогући право на подношење тужбе суду државе извоза, ради утврђивања повреде конкуренције и накнаде штете.⁵³²

Бернард Хекман и Петрос Мавроидис (Bernard Hoekman, Petros C. Mavroidis) понудили су оригинално решење у корист неразвијених држава, тако што би специјални WTO тужилац био овлашћен да у њихово име подноси тужбу пред судовима држава извоза.⁵³³

Свинијев закључак је да овај приступ решавања проблема извозних картела (споразумом о јурисдикцији државе извоза) има недостатке који намећу потребу неког облика спољашње (наднационалне) контроле. Његов је предлог да ту контролу врше WTO панели за решавање спорова, по тужби државе увоза против државе извоза због пропуштања да спроведе поступак испитивања извозних картела по пријави, одн. захтеву државе увоза, или због тога што је то учинила на начин којим се вређају основни принципи правичног процеса (недискриминације, приступа правди, транспарентности, објективности). Свини је мишљења да надлежност WTO панела у овим случајевима треба ограничити само на извозне картеле који су очигледно штетни, тачније, на картеле који се заснивају на споразуму чланова картела о цени, усаглашавању (намештању) понуда у поступку јавног надметања (енг. „*collusive tendering*“, „*bid-rigging*“), ограничавању производње одн. расподели производних (извозних) квота, или подели тржишта (енг. „*hard-core cartels*“).⁵³⁴

Такође, имајући у виду напред поменуто асиметричност интереса развијених држава, с једне стране, и држава у развоју и неразвијених држава, с друге стране – мишљење је једног броја аутора да би требало предвидети изузетак од примене права заштите конкуренције на извозне картеле друге групе земаља. Тиме би, међутим, терет испитивања и забране извозних картела био у највећој мери на развијеним државама, што указује на неизвесност у закључењу сличног споразума под окриљем WTO. Наиме, развијене државе би у преговарачком процесу захтевале од држава у развоју додатне

⁵³² *Ibid.*

⁵³³ Bernard Hoekman & Petros C. Mavroidis, „Economic Development, Competition Policy and the World Trade Organization“ (2003) 37(1) *Journal of World Trade* 19-20 – Наведено према: *Ibid.*, ad 514, pp. 397.

⁵³⁴ *Ibid.*, ad 514, pp. 400. Дефиниција штетних картела дата је у OECD препоруци из 1998. године: OECD, 'Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels' (1998) C(98)35/FINAL, 3.

уступке по принципу *quid pro quo*, па би крајњи исход преговора зависео од њихових захтева и процене стварних користи од споразума за државе у развоју.⁵³⁵

3.3. Међународни картели

Од свих других облика спречавања и ограничења конкуренције, међународни картели су најближи макар делимичној хармонизацији. Ипак, дата дефиниција штетних картела укључује могућност предвиђања изузетака за картеле чији је циљ реализација уштеде смањењем трошкова или увећањем обима производње, као и за картеле који су изузети по самом закону, или су одобрени у складу са законом. Већ смо указали да су *извозни* картели по закону већине држава *изузети* од примене права конкуренције. С друге стране, и увозно зависне земље, нарочито неразвијене и земље у развоју, могу законом изузети од примене *увозне* картеле, како би омогућиле *равнотежу* преговарачког односа између извозника и увозника (продаваца и купаца на међународном тржишту). Овде треба нагласити да је појам *међународног* картела шири од појма извозног или увозног картела и *не укључује* те друге облике споразума, односно усаглашеног деловања. Државе имају интереса да толеришу извозне и увозне картеле, као што је напред напоменуто. Такав интерес, међутим, недостаје када су у питању међународни картели. Наиме, за разлику од извозног картела, који може имати корисне ефекте за државу извоза, и увозног картела, који може имати корисне ефекте за државу увоза, међународни картели теже максимирању профита на међународном тржишту, без видљивих, или са занемарљивим користима за било коју од земаља у којима обављају пословне активности. Тачније, последице ових картела видљиве су на *међународном тржишту* које је, услед глобализације економских односа, у све већој мери *регионално или светско тржиште*, а огледају се у високим ценама производа, праћеним смањеном производњом и поделом тржишта или купаца. Међународне картелске активности су забележене готово у свим гранама индустрије, при чему највише у индустрији хемијских производа, транспорта, челика, угљених и графитних производа, пластике и папира.⁵³⁶ Откривање ових картела је резултат координиране сарадње органа надлежних за заштиту конкуренције у државама у којима остварују своју пословну активност. Једна од свеобухватних заједничких акција ових органа

⁵³⁵ *Ibid*, ad 514, pp. 402.

⁵³⁶ *Ibid*, ad 514, pp. 77.

остварена је у случају изузетно штетног, тзв. *витаминског картела* (енг. „*vitamin cartel*“). Историјски високе новчане казне изречене су члановима тог картела у Аустралији, Канади, Европској унији и Сједињеним Америчким Државама.⁵³⁷

За разлику од извозних и увозних картела, међународни картели немају подршку у државном протекционизму. Управо због тога, основни проблем код сузбијања међународних картела представља њихово откривање, спровођење ефикасног истражног поступка, као и примена одговарајућих казних мера. Такође, за разлику од међународних концентрација и злоупотребе монопола, не постоји јурисдикциони сукоб између две или више различитих држава. То значи да није неопходна материјална хармонизација правила о међународним картелима, иако је то став неких аутора (Мацушита), као и формални став Европске уније, званично изнет у њеним представкама WTO Радној групи о трговини и конкуренцији. Свине, с друге стране, изражава сумњу чак и у могућност и потребу процесне хармонизације, јер би она захтевала радикалну измену прописа који гарантују заштиту поверљивих пословних података. Размена ових података представља неопходан услов потпуне и ефикасне сарадње између националних органа за заштиту конкуренције. У садашњем тренутку, процес размене несметано се одвија за податке који не захтевају посебну заштиту поверљивости, док су поверљиви подаци предмет размене између држава које имају закључене билатералне уговоре о пружању правне помоћи, уз посебне процесне гаранције органа за заштиту конкуренције. Поред тога, приметна је и координација програма повољнијег третмана чланова картела који сарађују у поступку спровођења истражних радњи органа за заштиту конкуренције (енг. „*leniency programme*“).

Имајући у виду да се значајан број одлука о изрицању санкција против међународних картела извршава на територији државе изван државе седишта органа који је донео одлуку, јасно је да постоји потреба ефикасног признања и извршења страних одлука. Реч је о проблему међународне правне сарадње између држава, који превазилази оквире права заштите конкуренције. С тим у вези, треба имати у виду да је у САД и државама које су усвојиле њихов модел закона – прихваћен судски поступак утврђивања и кажњавања повреде конкуренције. У ЕУ, њеним државама чланицама, и државама које су под утицајем правних тековина ЕУ или обавезом прилагођавања праву ЕУ у процесу приступања – прихваћен је административни поступак.

⁵³⁷ *Ibid.*

Познато је да су предмет признања и извршења стране *судске одлуке*, док се одлуке административних (управних) органа не признају и не извршавају, ако је реч о одлукама у домену примене *јавног права* (нпр. пореско право). Право заштите конкуренције – због значајног обима дискреције у примени, као и ширих економских, политичких и социјалних циљева које органи за заштиту конкуренције процењују у поступку доношења одлука – по многима припада управо домену јавног административног права.⁵³⁸ Ово мишљење, међутим, озбиљно се доводи у питање у *судски оријентисаним системима заштите конкуренције*, имајући у виду независност и објективност судова. Поступак признања и извршења таквих судских одлука може бити отежан сукобом основних принципа и начела јавног поретка земље порекла одлуке и земље признања и извршења. Тако, на пример, САД су једна од ретких држава које предвиђају кривичне санкције за чланове картела и њихове заступнике – реч је о изразито високим новчаним казнама за правна лица (корпорације) и казнама затвора и/или новчаним казнама за физичка лица. Поред тога, готово ниједна друга држава (осим САД) не признаје могућност накнаде штете у троструком износу (енг. „*treble damages*“), што, такође, може бити повод за одбијање признања и извршења, и то судске одлуке у целости, или дела судске одлуке који превазилази износ обичне штете. Имајући ове и сличне проблеме у виду, може се закључити да је извешан ниво хармонизације ипак неопходан у циљу поједностављења и ефикасности правног саобраћаја између држава, када су у питању међународни картели.

3.4. Међународне (прекограничне) концентрације и злоупотреба монопола

Свини указује на неопходност хармонизације прописа у делу којим се уређују питања испитивања и санкционисања концентрација и злоупотребе монопола – подсећањем на значајне дипломатске тензије између САД и ЕУ до којих су довели различити резултати истовремено вођених поступака испитивања концентрација и монопола.⁵³⁹ Примери таквих случајева у поступцима испитивања *концентрација* су

⁵³⁸ Spencer Weber Waller, „The Internationalization of Antitrust Enforcement“, *Boston University Law Review*, 1997, Vol. 77:343, pp. 395 – *Cit.* „*Competition law has potential historical, economic, political, and social roots that make it a market nation's ultimate form of public law.*“

⁵³⁹ *Ibid*, ad 514, pp. 150-160.

*Boeing-Mc Donnell Douglas*⁵⁴⁰ и *GE-Honeywell*.⁵⁴¹ Такође, тензије изазване незадовољством САД услед исхода поступка испитивања повреде конкуренције *злоупотребом монопола*, могу се сагледати на случају *Microsoft*.⁵⁴² У оба наведена случаја испитивања концентрација, америчка Федерална трговинска комисија је одобрила концентрацију, док је Комисија ЕУ то одбила. Амерички званичници су оштро реаговали. У првом случају су оптужили Комисију ЕУ да поступа пристрасно и са циљем да заштити свог произвођача авиона *Airbus Industrie*, коме је неколико држава чланица давало субвенције. У другом случају, њихов је став био да је Комисија ЕУ прекорачила границе оптималне примене права конкуренције (енг. „*over-regulation*“). Иако су у току испитивања обе стране оствариле високи степен сарадње, разменом поверљивих пословних података (по пристанку учесника концентрације) и отвореном разменом ставова – није било сагласних закључака о крајњем исходу поступка. Имајући у виду да су компаније које су поднеле пријаву концентрације пословале на *глобалном* тржишту, то су и последице различитих одлука биле искључиве. Наиме, довољна је била само негативна одлука ЕУ да спречи остваривање планиране концентрације, и поред тога што су је САД одобриле.⁵⁴³

Наведени случајеви су били повод спонтаној, „*мекој*“ хармонизацији на нивоу билатералних преговора између САД и ЕУ, као и у оквиру Међународне мреже за заштиту конкуренције.⁵⁴⁴

Свинијев предлог мултилатералне хармонизације заснива се на јединственом правилу за утврђивање *релевантног тржишта*, као претходног питања везаног за границе примене мултилатералног (уместо националног) правног правила. Након потврде да је у конкретном случају испуњен услов примене мултилатералног правила,

⁵⁴⁰ *Case IV/M 877, Boeing/McDonnell Douglas, Commission decision of 30 July 1997*, OJ (1997) L 336/16 ('*Boeing/McDonnell Douglas Case*')

⁵⁴¹ *Case M 2220, General Electric/Honeywell, Commission decision of 3 July 2001*, OJ (2004) L 48/1C 074/06; CFI – *Honeywell/International Inc./General Electric Company v Commission* (T-209/01, 210/01) (2005) OJ C 48/26; Department of Justice, 'Statement by Assistant Attorney-General Charles A. James on the EU's Decision Regarding the GE/Honeywell Acquisition' (Press Release, 3 July 2001).

⁵⁴² *EC Commission Decision of 24 March 2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty, (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)* 2004 EC Comm 12 (*EC-Microsoft case*); CFI – *Microsoft Corporation v Commission*, (T201/04) 2007 ECR II-000; US House of Representatives International Relations Committee to the EC's *Microsoft* decision in 2004: 'Open letter to European Union Competition Commissioner Mario Monti' CNET (2004); Department of Justice, Assistant Attorney-General for Antitrust, R. Hewitt Pate, 'Issues Statement on the EC's Decision in its Microsoft Investigation' (Press Release, 24 March, 2004).

⁵⁴³ *Ibid.* ad 514, pp. 153.

⁵⁴⁴ US-EU Merger Working Group, *Best Practices in Cooperation in Merger Investigations* (2002); ICN Merger Working Group, Investigative Techniques Subgroup, *Investigative Techniques Handbook for Merger Review* (2005).

потребно је одредити *право примене* у поступку испитивања међународних концентрација и злоупотреба монопола. Могућа су два решења: примена униформних (једнообразних) правила или подела јурисдикционе надлежности. Свини признаје да је ово друго решење (подела надлежности) реалније, јер би унификација правних правила која се примењују на међународне концентрације и злоупотребе монопола – захтевала одређени облик наднационалне контроле. С друге стране, поделом надлежности превазилазе се садашњи недостаци конкуренције надлежности две или више различитих држава, а тиме и последице одлука са различитим дејствима. Држава тако одабране надлежности примењује *домаће* право заштите конкуренције, што одузима могућност испитивања ефеката концентрације у другим државама. То се, према Свинијевом предлогу, може избећи споразумом о примени домаћег права у *модификованом* облику. Само питање одређивања надлежне државе није једноставно, јер укључује традиционална питања решавања сукоба закона (енг. „*conflict of laws*“), која нису на исти начин уређена у свим државама.

Дакле, Свинијев предлог примене хармонизованог права заштите конкуренције, у односу на међународне концентрације и монополе, подразумева три корака: *први* се огледа у утврђивању да ли постоји *релевантно међународно тржиште*; *други* подразумева утврђивање државе на чијој се територији у највећој мери осећају последице међународне концентрације и монопола (енг. „*the effects analysis*“, „*the effects test*“) – у циљу одређивања (алокације) међународне надлежности; и *трећи*, утврђивање да ли је понашање које је предмет испитивања штетно или не – што подразумева примену напред поменутог прилагођеног, одн. модификованог домаћег права, које узима у обзир и остварене последице на тржиштима других земаља.

Саме државе одлучују да ли су испуњени услови да преузму на себе надлежност у испитивању оваквих случајева. Релевантно међународно тржиште ће постојати увек када постоји конкуренција надлежности најмање две јурисдикције и опасност да одлуке органа једне државе постану неизвршиве услед супротне одлуке органа друге државе у истој ствари. С друге стране, у неким случајевима може бити тешко одредити надлежну јурисдикцију, нпр. када се последице међународне концентрације или монопола остварују у приближно једнаком обиму и интензитету у две или више држава. У таквим случајевима, разумно је да се надлежност одреди према држави која је у најбољој позицији да спроведе изречене санкције и мере заштите (лат. *forum conveniens*). На крају, Свини истиче неопходност ограничене наднационалне контроле и код овог вида

хармонизације, и то у односу на први и други корак поступка испитивања (примена тржишног теста и примена правила о решавању сукоба јурисдикција). Као и код осталих разматраних примера неопходности такве контроле, његов предлог је да органи контроле буду панели Светске трговинске организације за решавање спорова.⁵⁴⁵

4. Аргументи за и против хармонизације у оквиру WTO

4.1. Еволуција идеје о мултилатералној хармонизацији права конкуренције

Идеја о обједињавању правно-политичког уређења међународне трговине и конкуренције није нова. Предности усвајања међународног споразума о конкуренцији разматране су још 1927. године на Женевској економској конференцији.⁵⁴⁶ Један од првих послератних заговорника ове идеје био је Едвард Мејсон (Edward S. Mason), истакнути амерички економиста са Харварда, који је преобликовао економску теорију о монополима, увођењем „правних тестова“ примене економске анализе у судским поступцима по тужбама због злоупотребе монопола.⁵⁴⁷

Међутим, настојања да се питање конкуренције интегрише у предлог Повеље о оснивању Међународне трговинске организације (Хаванска повеља) нису се остварила, нити је то учињено у оквирима Општег споразума о царинама и трговини из 1947. године (ГАТТ). Један од разлога је неспремност развијених земаља, пре свега, Сједињених Америчких Држава, да сопствени правно-институционални систем заштите конкуренције подреде јединственим правилима и контроли од стране наднационалног (међународног) органа. Та неспремност проистиче из непомирљивих интереса развијених држава, с једне стране, и држава у развоју и неразвијених држава, с друге стране.

⁵⁴⁵ *Ibid*, ad 514, pp. 416-417.

⁵⁴⁶ DJ Gerber, 'Competition Law and the WTO: Rethinking the Relationship' (2007) 10 JIEL 707 – Наведено према: Daniel Gifford and Robert T. Kurdle, „Trade and Competition Policy in the Developing World – Is there a role for the WTO?“ – in: Chantal Thomas and Joel P. Trachtman (eds.), *Developing Countries in the WTO Legal System*, Oxford University Press (2009), pp. 404.

⁵⁴⁷ ES Mason, *Controlling World Trade: Cartels and Commodity Agreements* (1946); Edward S. Mason, „Monopoly in Law and Economics“, *Yale Law Journal* 47 (November 1937) – наведено према истом делу, стр. 404. Више о томе: Tony A. Freyer, *Antitrust and Global Capitalism 1930-2004*, Cambridge University Press, 2006, pp. 58-59.

Основни циљ развијених држава је да се усвајањем мултилатералног споразума о конкуренцији подржи концепт отварања (либерализације) тржишта, успешно започет укидањем или значајним смањењем царина и укидањем квантитативних ограничења увоза и извоза у међународној трговини. С друге стране, интерес неразвијених држава и држава у развоју био је да остваре користи од резултата трговинских преговора о царинским олакшицама, тако што ће свој положај учврстити специјалним правима и посебним третманом у оквиру мултилатералног трговинског система у настајању. У том смислу, ова група држава је имала и друкчији приступ проблему конкуренције у међународној трговини, посматрајући је искључиво као инструмент заштите од неоколонијализма развијених земаља.

Отварање тржишта у послератном периоду довело је до експанзије мултинационалних компанија са седиштем у најбогатијим земљама света, бившим колонијалним силама, које су гравитирале ка новоформираним независним државама некадашњих колонија. У оквиру Уједињених нација, ове државе су подржале иницијативу за усвајање декларација о новом међународном економском поретку, економској суверености држава и неотуђивости природних богатстава.⁵⁴⁸ Њихова природна тежња ка самозаштити и јединственом иступању на међународном плану остварује се већ деценијама у оквиру активности Уједињених нација и специјалне Комисије УН за трговину и развој (енг. *United Nation's Committee on Trade and Development – UNCTAD*).

Нацрт УН Конвенције о спречавању и контроли рестриктивне пословне праксе у међународној трговини, сачињен од стране *ad hoc* УН Комитета о рестриктивним пословним праксама, предвиђао је оснивање међународне агенције за пријем и испитивање приговора о постојању аката и радњи повреде конкуренције.⁵⁴⁹ По својој садржини, представљао је амбициозан пројекат међународне институционалне заштите конкуренције у међународној трговини, попут пројекта Главе V Хаванске повеље – са којом има значајних сличности. Конвенција никада није ступила на снагу, имајући у виду принципијелну опредељеност у Преамбули ка подстицању економског развоја, индустријског и пољопривредног, нарочито у недовољно развијеним областима, као и увођење наднационалног ауторитета за испитивање повреда конкуренције – што је

⁵⁴⁸ „*New International Economic Order*“.

⁵⁴⁹ “*Report of the Ad Hoc Committee on Restrictive Business Practices to the Economic and Social Council, Annex 2*“, 16 U.N. ECOSOC, Supp. 11 (1953).

представљало потенцијални инструмент ограничавања суверенитета развијених држава.

Једини мултилатерални инструмент универзалне примене у области заштите конкуренције донет је, такође, у оквиру активности Уједињених нација, на иницијативу земаља у развоју.⁵⁵⁰ Реч је о УН документу из 1980. године који има значај принципа и препорука, под називом *Сет мултилатерално договорених принципа и правила контроле рестриктивних пословних пракси*.⁵⁵¹ Документ има декларативан карактер и, у том смислу, представља одраз положаја и ставова држава у развоју у односу на мултинационалне компаније.

4.2. Глобални интереси у систему међународне трговине и конкуренције, као фактор хармонизације права конкуренције у оквиру WTO

У претходним излагањима указали смо на могуће облике хармонизације права заштите конкуренције у међународној трговини. Сваки од предлога предвиђа неки облик наднационалне контроле примене хармонизованих правних правила. Развијеним државама одговара концепт обједињавања мултилатералног трговинског споразума и споразума о заштити конкуренције, али у мери која дозвољава само неопходан ниво хармонизације и врло ограничену контролу одлука националних органа заштите конкуренције. Такав став објашњава се интересима ове групе држава, који промовишу приступ тржишту, ослобођеном не само државних мера протекционизма домаће привреде, већ и оних мера и аката које у циљу ограничења приступа тржишту предузимају *приватни* субјекти.

С друге стране, интерес држава у развоју и неразвијених држава јесте да се омогући боља контрола пословања мултинационалних компанија, као и њихових последица на конкуренцију и економски развој држава у којима послују. Имајући у виду да напори ове групе земаља за усвајање мултилатералних споразума у оквиру Уједињених нација нису наишли на одобравање развијених држава, природно је њихово смањено интересовање за учествовање у преговорима за закључење

⁵⁵⁰ UNCTAD, "Experiences Gained So Far With International Cooperation on Competition Policy Issues and the Mechanisms Used", TD/B/COM.2/CLP/3 (1998) – Наведено према: Kevin C. Kennedy, *Competition Law and the World Trade Organisation: The Limits of Multilateralism*, Sweet&Maxwell (2001), pp. 118.

⁵⁵¹ Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, Apr. 22, 1980, UN Doc. TD/RBP/CONF/10 (1980).

мултилатералног споразума у оквиру WTO. Тешко би се могло претпоставити да ће WTO панели разматрати сваку пријаву повреде конкуренције независно и одвојено од трговинских интереса држава у питању, пре свега, интереса пуног остварења принципа приступа тржишту (енг. „*market access*“). Као што се могло видети на Марсденовом предлогу хармонизације права конкуренције у оквиру GATT-WTO споразума – уношењем нове одредбе о тржишном приступу (енг. „*new market blockage rule*“), требало би обезбедити да панели равноправно разматрају не само тржишне ефекте одређене рестриктивне радње или праксе, већ и њене ефекте на конкуренцију на релевантном тржишту. То је тешко оствариво и – на садашњем нивоу институционалне организације WTO система решавања спорова – практично неоствариво.

Државне мере заштите домаће привреде од конкуренције из иностранства не укључују елемент конкурентности, односно ефикасности домаћих произвођача – њихов је циљ да омогуће остваривање стратегије привредног развоја, попут стабилности спољнотрговинског платног биланса, индустријског развоја, или јачања економског положаја земље у међународном окружењу.

С друге стране, *приватне* мере ограничавања конкуренције спречавањем приступа домаћем тржишту производима и произвођачима из иностранства – не морају нужно доводити до штетних последица на конкуренцију, схваћену као *процес* тржишне утакмице једнако ефикасних привредних субјеката. Циљ права конкуренције, наиме, није заштита *конкурентата* (што обезбеђује апсолутно схваћен принцип приступа тржишту), већ *конкуренције* (што подразумева прихватљивост одређених облика ексклузивности тржишта, који не доводе до потискивања *једнако ефикасних* конкурентата из иностранства).

4.3. Врста и садржина аргумената у корист и против хармонизације права конкуренције у оквиру WTO

Из наведених противуречности циљева тржишне политике и политике заштите конкуренције проистиче сукобљеност аргумената у корист и против хармонизације права конкуренције под окриљем Светске трговинске организације. Они се, према аутору овог рада, могу поделити на: институционалне, политичке, и правне аргументе.

а. Институционални разлози

Европска унија доследно заступа став о Светској трговинској организацији као институционалном форуму за усвајање мултилатералног споразума о заштити конкуренције у међународној трговини.⁵⁵² Сер Леон Британ (Sir Leon Brittan) је 1992. године, у својству главног Комесара Европске уније за конкуренцију, предлагао да се у оквиру наредне рунде трговинских преговора разматрају питања рестриктивних пословних пракси и картела, са циљем усвајања заједничких правила, заснованих на принципу неспроводивости (ништавости) рестриктивних аката и радњи и принципу међународне одговорности држава за примену усвојених правила и поступака заштите конкуренције.⁵⁵³

На WTO Министарској конференцији у Сингапуру 1996. године договорен је сет питања (енг. „*Singapore issues*“), којима је требало проширити предмет мултилатералних преговора између држава чланица.⁵⁵⁴ Једно од њих је било питање односа између међународне трговине и конкуренције. На предлог Европске уније, 1997. године је формирана Радна група за испитивање међусобног утицаја трговине и конкуренције (енг. *WTO Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy, WTO WGTCP*). Иницијатива за преговоре о оквирном споразуму о конкуренцији у оквиру WTO дата је на Министарској конференцији у Дохи, 2001. године. Државе чланице су се у Дохи сагласиле да ови преговори отпочну 2003. године, а договорене су и кључне области преговора: основни принципи (транспарентност, недискриминација, процедурална правда); одредбе о очигледно забрањеним картелима; модалитети добровољне сарадње; подршка институционалном јачању надлежних органа за заштиту конкуренције у земљама у развоју.⁵⁵⁵

⁵⁵² *Cit.* World Trade Organization, Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy, *Communication from the European Community and Its Member States, WT/WGTCP/W/222*, 19 November 2002, pp. 1: „. . . , the EC has consistently made the point that a WTO framework agreement on competition does not and should not aim at providing a 'solution' to all the issues which may arise from the growing interrelation of international trade and competition policies. However, what such an agreement could and should do is to establish a solid basis for dealing with basic competition policy issues, which have an impact on international trade, and facilitate multilateral cooperation on these issues.“

⁵⁵³ BM Hoekman and PC Mavroidis, 'Competition, Competition Policy, and the GATT' (2004) 17 W Econ 121 – Наведено према: Daniel Gifford and Robert T. Kurdle, „Trade and Competition Policy in the Developing World – Is there a role for the WTO?“ – in: Chantal Thomas and Joel P. Trachtman (eds.), *Developing Countries in the WTO Legal System*, Oxford University Press (2009), pp. 418.

⁵⁵⁴ Singapore Ministerial Declaration, adopted on Dec. 13, 1996 WT/MIN(96)/DEC.

⁵⁵⁵ The Doha Declaration – WTO Ministerial Declaration, Doc. WT/MIN(01)/DEC/1 (Ministerial Conference, Nov. 20, 2002).

Овако институционализован процес преговора око заједничког оквирног споразума о заштити конкуренције, поднео је терет неуспеха наредних преговора и формално је обустављен Одлуком Генералног савета 2004. године.⁵⁵⁶

Неуспех преговора у оквиру Доха развојне агенде (енг. *Doha Development Agenda*), указао је на значајне разлике између политичких интереса развијених држава, с једне стране, и држава у развоју и неразвијених држава, с друге стране.

И поред тога, са аспекта институционалних предности, многи аутори закључују да је WTO подобан форум за преговоре о мултилатералном споразуму о заштити конкуренције, из следећих разлога: путем специфичне структуре преговарања по принципу реципроцитета (*quid pro quo*) могуће је усагласити наизглед непомирљиве разлике између различитих група земаља; преговори засновани на принципу „јединственог пакета“ (енг. „*single package deal*“) омогућују да такав споразум буде усвојен као обавезујући, односно, чврст мултилатерални споразум; примену споразума подржава институционално изграђен систем решавања спорова између држава чланица, по приговору због повреде одредбе „*обухваћених*“ споразума (енг. „*covered agreements*“) или због примене одредби споразума на начин којима се поништава или угрожава остваривање очекиваних користи од усвојених споразума.

Иако међународно право конкуренције има несумњиве предности у односу на садашње облике унилатерализма и међудржавне и институционалне сарадње у заштити конкуренције – његова изградња је дуготрајан и сложен процес. Већина аутора се слаже да се тај процес неће окончати у скорој будућности.⁵⁵⁷

б. Политички разлози

Неуспех преговора о међународној заштити конкуренције под окриљем Доха Агенде за развој, резултат је непомирљивих политичких интереса развијених држава и држава у развоју. Различити интереси држава усклађени су у оквиру ГАТТ-система међународне трговине признавањем посебног статуса држава у развоју (енг. „*special*

⁵⁵⁶ WTO, 'Doha Work Program – Decision Adopted by the General Council' (1 August 2004) WT/L/579, para 1(g).

⁵⁵⁷ Daniel Gifford and Robert T. Kurdle, „Trade and Competition Policy in the Developing World – Is there a role for the WTO?“ – in: Chantal Thomas and Joel P. Trachtman (eds.), *Developing Countries in the WTO Legal System*, Oxford University Press (2009), pp. 402; Freidel Weiss, “From World Trade Law to World Competition Law”, *Fordham International Law Journal*, Volume 23, Issue 6, 1999, Article 18, pp. 269-271.

and differentiated treatment“ – „S&D“). Taj статус се уважава у току трговинских преговора, али и у погледу услова и временских рокова за испуњење обавеза које проистичу из мултилатералних споразума. У првом случају, он се заснива на принципу „мање од пуног реципроцитета“ (енг. „*less than full reciprocity*“), а у другом – на принципу веће толеранције у извршавању мултилатералних обавеза и примени мера заштите. Према неким ауторима, посебан положај држава у развоју представља извор конфликта са развијеним државама, док сам принцип није довољно прецизно уређен, нити су познати његови стварни учинци у јачању међународног положаја држава у развоју.⁵⁵⁸

На потребу уважавања посебности држава у развоју у оквиру мултилатералног система међународне трговине, указано је још у Хаблеровом извештају из 1958. године (*The Haberler Report of 1958*), који је позвао на значајније отварање тржишта богатих држава према земљама у развоју. Принцип „мање од пуног реципроцитета“ прихваћен је у оквиру Рунде преговора у Дилону 1960-1961. године – да би Сједињене Америчке Државе 1968. године на UNCTAD Конференцији гласањем подржале општи систем преференцијала (енг. „*General system of preferences*“, „*GSP*“) за државе у развоју, који је ГАТТ признао 1971. године.⁵⁵⁹

Поједини аутори, попут Аџит Синга (Ajit Singh), залажу се за примену *S&D* стандарда у односу на државе у развоју у међународном систему заштите конкуренције.⁵⁶⁰ У том смислу, Синг указује на чињеницу да развојне циљеве те групе држава може оптимално подржати *посебан* режим права конкуренције, примењен у Јапану у периоду наглог економског раста од 1950. до 1973. године. Реч је о режиму заштите конкуренције који не замењује у потпуности систем државне контроле и надзора.⁵⁶¹ Ова два режима (режим слободне конкуренције и режим државне контроле и усмеравања ресурса) су у очигледном односу антиномије. И поред тога, противуречности се могу избећи предвиђањем изузетака од примене права конкуренције у одређеним секторима од значаја за економски развој земље и јачање њених извозних потенцијала. Јапански Антимонополски закон предвиђао је изузетке од

⁵⁵⁸ RE Hudec, *Developing Countries in the GATT Legal System* (1987) – Наведено према: *Ibid*, ad 557 (Gifford, Kurdle), pp. 402-403.

⁵⁵⁹ *Ibid*.

⁵⁶⁰ *Ibid*, pp. 407.

⁵⁶¹ *Ibid*.

примене у односу на тзв. „кризне картеле“ (енг. „*depression cartels*“) и „картеле рационализације“ (енг. „*rationalization cartels*“).⁵⁶²

Роберт Хјудек, с друге стране, припада групи аутора који оспоравају потребу за посебним статусом држава у развоју, изражавајући став о општој институционалној немогућности извршне власти да прикупи и потпуно и правилно обради све податке неопходне за доношење одлуке која би требало да доведе до очекиваног исхода.⁵⁶³ У том смислу, Хјудек критикује став Синга о оправданости стратешке државне контроле и надзора, као ограничавајућег фактора у примени права конкуренције земаља у развоју.

Поред питања посебног статуса држава у развоју у будућем систему међународне заштите конкуренције, поставља се и питање њихове институционалне спремности за прихватање тог система. Већина држава у развоју и у транзицији усвојиле су законе о заштити конкуренције тек последњих десетак година. Извештај Светске банке из 2003. године указује на недостатак административних капацитета ових држава за потпуну и правилну примену закона о заштити конкуренције.⁵⁶⁴ Мишљење је аутора овог рада да изнети аргумент не представља разлог за одустајање од мултилатералног споразума о заштити конкуренције. Наиме, у мери у којој такав споразум буде предвиђао неки облик наднационалне контроле и надзора рада националних органа за заштиту конкуренције, биће значајно умањена и могућност настанка штетних последица њихових неправилних одлука.

Једно од политички осетљивих и изазовних питања – од значаја у трговинској размени између развијених и неразвијених земаља – јесте питање *злоупотребе међународних монопсона или олигопсона* (монопола, одн. олигопола на страни тражње). Ова врста монополиста намеће услове куповине производа неорганизованим и економски слабирим произвођачима из неразвијених земаља. Поред тога, монопсонички значајно утичу на светско тржиште примарним производима, нарочито хране, тако што

⁵⁶² Anti-Monopoly Law (of Japan), arts. 24.3, 24.4 – Наведено према: *Ibid*, pp. 408.

⁵⁶³ *Cit.* „Indeed, Hudec believed that governments were institutionally incapable of acquiring and acting upon the information necessary to achieve positive results. Governments are also notoriously slow to act, a major problem in dealing with constantly shifting economic and business conditions, and reluctant to change directions when new conditions warrant. Moreover, the industries that are the beneficiaries of government intervention do not necessarily respond to government assistance in the ways that the government anticipates: they may devote less, rather than more, resources into efficiency enhancing activities. Finally, government intervention is subject to massive distortions generated by lobbying and other pressures from potential beneficiaries.“ - Наведено према: *Ibid*, ad 557 (Gifford, Kurdle), pp. 410-411.

⁵⁶⁴ World Bank, *World Development Report* 101 (2003) – Наведено према: *Ibid*, ad 557 (Gifford, Kurdle), pp. 408-409.

концентришу удео на том тржишту, да би из разлике између ниских улазних цена робе на примарном тржишту и високих излазних цена увезене робе на секундарном тржишту – остварили монополски профит.⁵⁶⁵ Овим и сами доприносе нестабилности тржишта и, нарочито, нестабилности цене хране, што потенцијално доводи до озбиљних политичких и социјалних потреса. Такве појаве подсећају на историјски период колонијализма;⁵⁶⁶ касније су спречаване административним, централизованим одређивањем цене примарних производа у надлежности посебних административних органа држава производње (енг. „*marketing boards*“); да би њиховим укидањем осамдесетих година прошлог века проблем постао поново актуелан.⁵⁶⁷ Последњих година је нестабилност цена примарних производа додатно подстакнута светском економском кризом, због чега је овај проблем у међународној трговинској размени проглашен једном од основних тема ОЕCD Глобалног форума о конкуренцији у 2012. години.⁵⁶⁸ Глобални проблеми захтевају глобална решења, а то представља значајан подстицајни чинилац у настојањима ка остварењу мултилатералног концепта хармонизације права конкуренције.

Иако је проблем *домаћих монопола и увозних картела* у значајној мери ограничен обавезама држава чланица предвиђеним одредбама појединих WTO-споразума – о чему је било речи у претходним излагањима, *политички* и економски битно питање које намеће потребу решавања у оквиру мултилатералног споразума о конкуренцији – јесте питање *извозних картела*. Чини се да не постоји политичка воља развијених држава за безусловну измену домаћих закона којима су извозни картели изузети од примене права конкуренције. Таква промена става према домаћим картелима, чији се ефекти остварују искључиво у иностранству (у највећој мери у увозно зависним земљама у развоју) – може се очекивати само у оквиру свеобухватних мултилатералних преговора под окриљем Светске трговинске организације, у којима се до консенсуса долази путем реципроцитета, односно узајамних уступака (*quid pro quo*).

⁵⁶⁵ Најочигледнији примери се везују за тржиште кафе и какаоа, на којима три компаније контролишу две трећине глобалног откупа какаоа, а десет компанија врши откуп две трећине глобално произведене кафе – Наведено према: *Ibid*, ad 557 (Gifford, Kurdle), pp. 427.

⁵⁶⁶ *British East India Company* – видети: AV Deardorff and I Rajaraman, 'Can Export Taxation Counter Monopsony Power?' (2005) RSIE (Ford School of Public Policy) Discussion Paper No 541 p. 2 – Наведено према: *Ibid*, ad 557 (Gifford, Kurdle), pp. 427.

⁵⁶⁷ *Ibid*, ad 557.

⁵⁶⁸ ОЕCD, 11th Global Forum on Competition, 16-17th February 2012, *Session I. Competition and Commodities and Price Volatility*.

С друге стране, ни политички интереси развијених држава за приступање мултилатералном систему права међународне конкуренције у оквиру WTO – нису међусобно усклађени и уједначени. Као што је у претходним излагањима већ објашњено, конкурентна (упоредна) надлежност органа за заштиту конкуренције у поступцима испитивања пријављених концентрација – може довести до одлука са различитим последицама. То није неуобичајена појава када су у питању међународне концентрације, односно концентрације у којима учествује два или више субјеката са седиштима у различитим државама, као и концентрације субјекта са значајним тржишним уделом у регионалној или светској трговини. Настаје као последица неусаглашености права заштите конкуренције у погледу прописаних услова за одобравање концентрације. Тако, на пример, америчко Антимонополско одељење Министарства правде и Федерална трговинска комисија примењују стандард разумности (енг. „*rule of reason approach*“) приликом одмеравања корисних и штетних ефеката планиране концентрације. При томе, предност дају корисним ефектима, у случају њихове претежности над штетним ефектима – тачније, већи значај дају планираним уштедама у производњи, ефикасности и доприносу унапређењу производње и технологије. С друге стране, иако је исти принцип одлучивања *de lege* прописан и у Европској унији, *de facto* примена прописа у пракси Европске комисије и европских судова указала је на одлуке о неодобравању или условном одобравању појединих важних концентрација, чији је циљ да се сачува постојећа структура релевантног тржишта (*status quo*). Указали смо на значајне примере супротних одлука америчких и европских органа за заштиту конкуренције – *Boeing-Mc Donnell Douglas* из 1997. године и *GE-Honeywell* случај из 2001. године, који су довели до дипломатско-политичких тензија између САД и ЕУ. У таквим случајевима, и поред више истовремених поступака испитивања планиране концентрације, један национални или регионални орган негативном одлуком по пријави концентрације *de facto* постаје *глобални регулатор*, што је чињеница на коју не пристаје ниједна суверена држава. Проблем нарочито добија на интензитету када су негативном одлуком националног органа погођени привредни субјекти са седиштем изван територије државе јурисдикције – као у напред наведеним случајевима (учесници у концентрацији су имали националну припадност САД). Тада сукоб јурисдикција и њихових супротних одлука поред правног, добија у значајној мери, и обележја политичког сукоба.

Политичке тензије нису обележје само трговинских односа између Сједињених Америчких Држава и Европске уније, већ и њихових односа са другим развијеним државама, пре свега, Јапаном. У случају Јапана, оне су резултат одређених последица које проистичу из специфичне јапанске индустријске организације, засноване на чврстим везама у вертикалном пословном ланцу добављача и произвођача, или произвођача и дистрибутера. Ради се о традиционалном облику пословања у Јапану, познатом под називом *keiretsu*, који се огледа у промоцији домаће индустрије, сигурности извора набавки, постојаности квалитета и стабилности цене сировина и полупроизвода. Са аспекта домаће конкурентности, овај систем не доводи до озбиљних поремећаја у конкуренцији на јапанском тржишту, јер не постоји монопол, већ међусобна конкуренција више субјеката који послују на нивоу добављача и дистрибутера. Међутим, са аспекта међународне трговине и конкуренције, постоје приговори страних, пре свега, америчких и европских привредних субјеката, да овакав систем ствара *ексклузивно* тржиште јапанских добављача и произвођача. Имајући у виду да је јапанско тржиште конкурентно и поред вертикалних споразума који ограничавају приступ страним добављачима, као и то да је *de lege* отворено за страну конкуренцију – јасно је да не могу бити оправдани приговори повреде принципа приступа тржишту, као једног од темељних принципа права Светске трговинске организације.

Управо о таквом приговору Сједињених Америчких Држава против Јапана решавао је панел WTO у случају *Kodak – Fuji* из 1998. године.⁵⁶⁹ Овај случај је потврдио да се проблем повреде *међународне* конкуренције не може ефективно решавати у оквиру мултилатералног *трговинског* система и постојећег механизма решавања спорова у оквиру тог система. Тачније, указао је на потребу мултилатералног решавања проблема заштите конкуренције у *оквиру* WTO, имајући у виду међузависност трговине и конкуренције, односно, сложеност чинилаца и процеса који утичу на *приступ тржишту*, као тржишну категорију и категорију права заштите конкуренције. Поред овог случаја, предмет приговора САД упућених Јапану били су и ексклузивни споразуми јапанских добављача и произвођача на тржишту полупроводника и у аутомобилској индустрији – који су спречавали конкуренцију америчких произвођача делова и полупроизвода. Интензиван политички притисак САД на Јапан довео је до заједничких преговора и споразума на основу којих су јапански

⁵⁶⁹ WTO Panel Report on *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, Mar. 31, 1998, WTO Doc. WT/DS44/R.

привредни субјекти добровољно ограничили извоз и повећали обим увоза (енг. „*voluntary export restrictions*“, „*voluntary imports expansion commitments*“).⁵⁷⁰ Европска унија је, поводом споразума јапанских привредних субјеката о повећању обима увоза полупроводника, поднела тужбу WTO панелу због наводног нарушавања једнакости услова конкуренције европских добављача у односу на америчке.⁵⁷¹

Тужба је одбијена, јер из приложених доказа није било могуће потврдити постојање *мере* јапанске владе која је довела до нарушавања једнакости услова конкуренције. Мултилатерални систем међународне трговине под окриљем WTO омогућава заштиту од последица *државних мера*, које су супротне одредбама, очекиваним користима или основним циљевима WTO споразума. Очигледно је да тај систем у постојећим оквирима не може ефективно пружити заштиту *конкуренцији* у међународној трговини. Повреду конкуренције чине акти и радње *приватних субјеката*, који *de lege* нису подржани дискриминаторским општим или појединачним мерама државе. Иако је *de facto* дискриминација повредом принципа највећег повлашћења и националног третмана у међународној трговини – предмет заштите у складу са одредбама WTO споразума и праксом панела за решавање спорова, исти облик заштите није могуће применити у споровима због нарушавања једнакости услова конкуренције и приступа тржишту конкурентима из других држава. То ће бити могуће тек пошто државе постигну споразум о хармонизацији основних принципа права заштите конкуренције, као и о њиховој заштити у оквиру светског трговинског система.

Један од политичких разлога у прилог мултилатералне хармонизације права заштите конкуренције под окриљем Светске трговинске организације, произилази из антиномије дампинга и конкуренције. То је проблем који се најчешће јавља у односу између Кине, као државе извоза, и држава увоза кинеских производа по цени нижој од нормалне цене. Последњих година, везивао се за оптужбе о намерној депресијацији кинеске валуте која појефтињује извозне производе у односу на исте или сличне производе у државама увоза, пре свега Сједињеним Америчким Државама. С друге стране, постоје приговори великог броја држава против САД због неправилне праксе

⁵⁷⁰ Видети: Joint Report of the US-Japan Working Group on the Structural Impediments Initiative (1990) – Наведено према: *Ibid*, ad 557, pp. 416.

⁵⁷¹ *Japan – Trade in Semiconductors*, May 4, 1998, GATT B.I.S.D (35th Supp.) – Наведено према: Freidl Weiss, „From World Trade Law to World Competition Law“, *Fordham International Law Journal*, Volume 23, Issue 6, 1999, Article 18, pp. 263.

обрачуна дампиншке марже, тзв. „анулирањем“ (енг. „zeroing“).⁵⁷² Већина аутора сматра да је проблем решив закључењем мултилатералног споразума о заштити конкуренције и истовременим укидањем анти-дампиншких мера.⁵⁷³ Нespoјивост заједничке тржишне политике и политике заштите домаће привреде анти-дампиншким мерама потврђена је на примеру регионалних економских унија и трговинских споразума. Реч је о Европској унији и трговинском споразуму између Аустралије и Новог Зеланда (ANZERTA).

в. Правни разлози

Правни разлози који говоре у прилог или против мултилатералне хармонизације права конкуренције у оквиру Светске трговинске организације, могу се поделити на материјалне, процесне и јурисдикционе. *Материјални* разлози се тичу обима и предмета хармонизације; *процесни* се тичу улоге постојећег WTO система решавања спорова; а *јурисдикциони* – поделе надлежности између више истовремено надлежних држава у испитивању и санкционисању повреда *међународне* конкуренције.

Европска унија је у својој представи Радној групи WTO о трговини и конкуренцији од 19. новембра 2002. године указала да WTO мултилатерални споразум о конкуренцији треба да има одлике *оквирног споразума* (енг. „framework agreement“), заснованог на принципима транспарентности, недискриминације и правичног процеса (енг. „transparency, non-discrimination and procedural fairness“) – у складу са параграфом 25 Доха развојне агенде. Тачније, такав оквирни споразум не мора да понуди решење за сва питања која произилазе из повезаности међународне трговине и политике конкуренције – али би требало да пружи чврсту основу за решавање основних проблема заштите конкуренције који утичу на међународну трговину, као и да олакша међународну сарадњу у решавању тих проблема.⁵⁷⁴ Препорука ЕУ је да се оквирни WTO споразум концентрише око питања која представљају *језгро заједничких циљева*

⁵⁷² Суочене са предлогом ЕУ и Јапана, упућеним WTO арбитрама ради предузимања реторзионих мера, САД су 06.02.2012. године потписале споразуме са ЕУ и Јапаном, којима су се обавезале да престану са применом метода „анулирања“ (енг. „zeroing“) у поступку утврђивања антидампиншке марже – извор: International Centre for Trade and Sustainable Development, 'US Agrees to Quit Zeroing, Avoids EU and Japan Retaliation', *Bridges Weekly Trade News Digest*, Volume 16, Number 5, 8th February 2012.

⁵⁷³ JE Stiglitz, 'Two Principles for the Next Round or, How to Bring Developing Countries in From the Cold' (2000) 14 W Econ 447 – Наведено према: *Ibid*, ad 557, pp. 433.

⁵⁷⁴ *Op. cit.* ad 552.

националних закона о заштити конкуренције (енг. „*core of commonality*“), тачније, око: потребе да се очигледно штетни картели (енг. „*hard-core cartels*“) сматрају најозбиљнијом повредом домаћег права конкуренције; основних принципа недискриминације, транспарентности и правичног процеса; потребе уског дефинисања секторских изузетака и ослобођења од примене права конкуренције на транспарентни и предвидиви начин; улоге органа за заштиту конкуренције у обликовању и јачању јавне свести о значају конкуренције; основних принципа националне јурисдикције у вези са повредама конкуренције међународног значаја; као и међународне сарадње и њених основних принципа.

Предлог ЕУ је да се принцип недискриминације у оквирном WTO споразуму о конкуренцији ограничи на *de lege* дискриминацију, при чему би се ова врста дискриминације дефинисала *искључиво* у односу на домаћи правни режим конкуренције.⁵⁷⁵ Ово из разлога што би концепт *de facto* дискриминације подразумевао испитивање сложених питања у вези са применом прописа, приоритетима у раду органа за заштиту конкуренције и њиховом дискрецијом у доношењу одлуке о покретању истраге, као и у вези са применом права конкуренције у појединачним случајевима.⁵⁷⁶ Истовремено, концепт *de lege* дискриминације не би требало да послужи за увођење апсолутног стандарда који би подразумевао примену принципа националног третмана у односу на све законе и уредбе који на било који начин утичу на конкуренцију између домаћих и страних субјеката. Према ставу ЕУ, не постоји *a priori* разлог због кога би легитимни циљеви чланица WTO у спровођењу економске, социјалне, развојне и друге политике – били у супротности са принципом недискриминације у примени политике заштите конкуренције.⁵⁷⁷

Принцип недискриминације би, на напред опредељен начин, требало у оквирном WTO споразуму утврдити као обавезујући основни принцип (енг. „*binding core principle*“), што би подразумевало надлежност WTO панела за решавање спорова. У том смислу, ЕУ указује да би поступак решавања спорова због повреде обавеза из оквирног споразума требало прилагодити специфичностима права и политике заштите конкуренције. Наглашено је да примена принципа недискриминације није од утицаја на питање да ли је страним компанијама омогућен приступ одређеном тржишту. Наиме,

⁵⁷⁵ *Ibid.*, ad 552, pp. 4.

⁵⁷⁶ *Ibid.*

⁵⁷⁷ *Ibid.*

приступ тржишту зависи од бројних тржишних и инвестиционих чинилаца који су, према изнетом ставу ЕУ, изван предмета и домаћаја WTO споразума о конкуренцији.
578

Билатерални споразуми о сарадњи у области права конкуренције били би *изузети* од примене одредаба о недискриминацији. Тачније, друге државе не би имале право да се позивају на примену њихових одредби на основу принципа најповлашћеније нације.⁵⁷⁹

Сличан изложеном концепту оквирног мултилатералног споразума – који је Европска унија предложила у својој представи Радној групи WTO за трговину и конкуренцију – представља и преглед могућих елемената мултилатералног оквирног споразума у OECD документу Заједничке групе о трговини и конкуренцији из 2000. године.⁵⁸⁰

Питање решавања спорова који проистичу из примене мултилатералног споразума о конкуренцији је следеће битно питање које је неопходно сагледати у контексту хармонизације права заштите конкуренције. Према наведеном документу OECD-а, постоји више разлога због којих је реално очекивање да ће решавање међудржавних спорова у вези са појединачним случајевима испитивања повреде конкуренције остати у границама закључених билатералних споразума о сарадњи. *Први* је проблем суверенитета домаћих органа за заштиту конкуренције и судова; *други* се тиче правне и чињеничне сложености поступака за испитивање повреде конкуренције; *трећи* се тиче дискреције у примени принципа разумности приликом одмеравања ефеката различитих чинилаца који утичу на конкуренцију (дефиниција тржишта, значај и трајање чинилаца који спречавају улазак на тржиште нових субјеката, извесност појаве усаглашених пословних активности конкурената након концентрације или једностраних ефеката концентрације, и тако даље); *четврти* се тиче осетљивости података (при чему је размена поверљивих података најостварљивија у билатералним односима и на *ad hoc* добровољној основи); *пети* разлог проистиче из значајне чињенице да WTO споразуми немају директно дејство у националном праву, због чега одлуке панела за решавање спорова не би имале извршну снагу у односу на компаније,

⁵⁷⁸ *Ibid*, pp. 5.

⁵⁷⁹ *Ibid*.

⁵⁸⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development, Joint Group on Trade and Competition, „International Options to Improve the Coherence Between Trade and Competition Policies“, COM/TD/DAFFE/CLP(99)102/FINAL, pp. 9-10: „Possible elements of a multilateral framework“.

нити би могле да имају интервенцијско дејство у судском поступку пред националним судовима.⁵⁸¹

Полазећи од овог закључка, Кенеди даје преглед алтернативних решења. *Први предлог* је да се у мултилатералном оквирном споразуму предвиди обавеза држава да донесу закон о заштити конкуренције, одреде орган надлежан за примену тог закона и исти примењују у доброј вери. Предмет испитивања пред панелима за решавање спорова били би само очигледни примери непримене закона у доброј вери. Притом, Кенеди оцењује да то не би било сасвим прихватљиво решење, јер је испитивање постојања *добре вере* у примени прописа недовољно јасно одређена категорија, чију процену додатно усложњавају и процесна питања у вези са правилима о терету доказивања.⁵⁸² *Други предлог* представља покушај да се превазиђу очигледни недостаци претходног предлога, и огледа се у *приватизацији* поступка спровођења права конкуренције, тачније, у нормативном признавању права других држава и/или њихових компанија да подносе *цивилну (грађанску) тужбу* суду државе у којој је дошло до наводне повреде конкуренције, ради утврђивања повреде, изрицања мера заштите и накнаде штете. Такав облик заштите је већ могућ у Сједињеним Америчким Државама и другим државама које су, по угледу на амерички систем, предвиделе независни судски систем заштите конкуренције. Притом, судски поступци за накнаду штете због повреде конкуренције могу се иницирати независно од истражног поступка који спроводе административни или квази-судски органи примене права конкуренције.⁵⁸³ Иако теоријски привлачно, ово решење је веома тешко оствариво у пракси, што је и Кенедијев закључак.

Више је разлога који указују на такав закључак. Најпре, тешко је замислити да ће државе у развоју и државе у транзицији предвидети ову врсту *приватизације* поступка испитивања конкуренције пред националним судовима. На основу упоредног прегледа правно-институционалних режима заштите конкуренције, може се закључити да је независни судски систем одлика развијених држава са дугом традицијом и искуством у примени права конкуренције. Друго, у већини система који предвиђају

⁵⁸¹ *Ibid*, pp. 10.

⁵⁸² Kevin C. Kennedy, *Competition Law and the World Trade Organisation: The Limits of Multilateralism*, London, 2001, pp. 284.

⁵⁸³ У неким државама, на пример у Јапану, дозвољено је покренути поступак за утврђивање повреде конкуренције и накнаду штете тек након претходно спроведеног административног поступка испитивања повреде конкуренције.

судски систем заштите конкуренције, реч је о тужбама условљеним претходно спроведеним административним поступком испитивања повреде конкуренције. Треће, земље у транзицији и у развоју ретко предвиђају право оштећених на накнаду штете услед повреде конкуренције, а судска заштита ограничава се на управно-судску заштиту по тужби за покретање управног спора против одлуке надлежног административног органа за заштиту конкуренције. Четврто, као што и сам Кенеди наглашава, систем независне судске заштите конкуренције је недостижан многим потенцијалним тужиоцима, због терета доказивања сложених чињеница које је, често, веома тешко, или готово немогуће прикупити.⁵⁸⁴

Најзад, Кенеди предлаже и алтернативни систем ревизије примене политике конкуренције од стране Генералног савета WTO у улози Органа за ревизију тржишне политике (енг. *Trade Policy Review Body*, „TPRB“), у складу са одредбама Анекса 3 уз Уговор о оснивању Светске трговинске организације.⁵⁸⁵

Питање поделе јурисдикције између држава – у циљу избегавања упоредног вођења два или више поступака испитивања истог облика понашања (нпр. исте концентрације или истог монопола), а тиме и спречавања различитих, *конфликтних* одлука надлежних органа за заштиту конкуренције – представља једно од питања које значајно опредељује предмет и обим будућег мултилатералног споразума о конкуренцији. О томе је било речи у претходним излагањима, као и у излагањима о могућим облицима хармонизације права међународне конкуренције у односу на избор надлежне јурисдикције за испитивање међународне концентрације или злоупотребе монопола.

4.4. Активности Радне групе WTO о међусобном утицају трговине и конкуренције

Радна група WTO о међусобном утицају трговине и политике заштите конкуренције (енг. „*The Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*“, *WGTCP*) је формирана 1997. године, истовремено са Радном групом о односу између трговине и инвестиција. То је учињено на основу закључака Министарске

⁵⁸⁴ *Ibid*, ad 582, pp. 285.

⁵⁸⁵ *Ibid*, pp. 282-283.

конференције у Сингапуру 1996. године.⁵⁸⁶ Рад на проучавању међусобног утицаја трговине и конкуренције требало је да укаже на питања која би могла бити предмет преговора о WTO-оквирном споразуму о конкуренцији. У том смислу, прва година рада је била обележена достављањем представки WTO чланица са предлозима за утврђивање радног програма Групе. Међу њима су биле: Аустралија, Канада, Египат, Европска унија, Хонг Конг, Индија, Јапан, Мексико, Норвешка, Пакистан, Швајцарска, и Сједињене Америчке Државе.⁵⁸⁷

Обједињавањем различитих предлога држава чланица, Радна група је усвојила извештај са прегледом питања која би требало да буду предмет проучавања у наредном периоду, и то: препознавање основних облика неконкурентног понашања којима се ограничава међународна трговина; испитивање оправданости усвајања закона о заштити конкуренције и механизма за његово спровођење у свим државама чланицама WTO; уочавање начина на који WTO може допринети сарадњи између националних органа за заштиту конкуренције; испитивање основних заједничких принципа политике конкуренције који би могли бити усвојени на међународном нивоу; проучавање односа између рестриктивних пословних пракси и страних директних инвестиција, нарочито у области спајања и припајања (концентрација); утврђивање начина на који рестриктивне пословне праксе мултинационалних компанија успоравају економски развој држава у развоју.⁵⁸⁸

Радна група је разматрала облике приватних аката и радњи привредних субјеката којима се ограничава међународна трговина. Међу њима су акти и радње који ограничавају приступ тржишту, попут: увозних картела, међународних картела о подели националних тржишта између учесника картела, ограничења паралелног увоза, контроле над инфраструктурним објектима у функцији увоза, злоупотребе доминантног положаја у циљу спречавања приступа тржишту и истискивања конкуренције са тржишта, вертикалних ограничења којима се затвара тржиште за конкуренте, приватних активности на увођењу стандарда, вертикалне интеграције произвођача и дистрибутера, ексклузивног пословања и споразума о искључивој дистрибуцији, као и продаје производа испод цене коштања у циљу потискивања конкуренције са тржишта

⁵⁸⁶ Singapore Ministerial Declaration, adopted on Dec. 13, 1996 WT/MIN(96)/DEC.

⁵⁸⁷ *Ibid*, ad 582, pp. 182-186.

⁵⁸⁸ WTO, „Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy, Report (1997) to the General Council“, WT/WGTCP/W/49 (Nov. 25, 1997) – Наведено према: *Ibid*, ad 582, pp. 186.

(енг. „*predatory pricing*“).⁵⁸⁹ Поред наведених, другу врсту рестриктивних приватних аката и радњи представљају оне које остварују штетно дејство у већем броју држава. То су међународни картели, тачније, споразуми о цени производа и ограничењу производње између два или више привредних субјеката са учешћем у међународној трговини. Трећу врсту рестриктивних споразума, која је била предмет разматрања у раду Групе у 1998. године чине извозни картели. За разлику од међународних картела, чије се дејство простире на већи број држава у којима чланови картела обављају пословне активности, извозни картели неједнако погађају различите државе. У односу на државе извоза, ови картели могу имати и корисно дејство, док су за земље увоза штетни уколико садрже споразум о цени или подели националног тржишта земље увоза – чиме доводе до тржишне ситуације налик монополској.

На основу резултата разматрања наведених општих и појединачних облика рестриктивног пословања, Група је предложила да се даљи рад усмери на испитивање појавних облика и последица следећих неконкурентних облика понашања привредних субјеката: 1) очигледно штетних картела (енг. „*hard-core cartels*“); 2) извозних картела (енг. „*export cartels*“); 3) вертикалних ограничења (енг. „*vertical restraints*“); 4) злоупотребе монополског положаја (енг. „*abuse of dominant position*“); и 5) концентрација (енг. „*mergers*“).⁵⁹⁰

Поред приватних облика пословања којима се нарушава или ограничава конкуренција, учесници Радне групе су указали да исте или сличне негативне последице може изазвати и пословање државних монопола, као и привредних субјеката са ексклузивним и специјалним правима пословања на тржишту. У том смислу, значајне су активности Радне групе на истраживању упоредне законодавне праксе држава чланица. Посебан извештај на ову тему сачињен је 2001. године и садржи табеларни приказ ограничења и изузетака од примене права конкуренције у појединим државама, и то у односу на секторска и несекторска ограничења, међу којима су и државни монополи.⁵⁹¹ Наиме, неке државе не искључују примену права конкуренције у односу на ове субјекте, док друге то чине у потпуности, или само у односу на неке облике монопола (нпр. природне монополе) или одређене привредне секторе.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, ad 582, pp. 189-190.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, ad 582, pp. 190-191.

⁵⁹¹ World Trade Organization, „Exceptions, Exemptions and Exclusions Contained in Members' National Competition Legislation“, WT/WGTCP/W/172, 6 July 2001.

Такође је указано и на повратни утицај тржишне политике на конкуренцију, а тиме и на релативан значај рестриктивног пословања *приватних* субјеката у односу на *рестриктивну тржишну политику држава*. И поред значајног напретка у либерализацији тржишта, оствареној укидањем квантитавних ограничења увоза и извоза, као и укидањем и смањењем царинских стопа – многе државне тарифне и нетарифне мере заштите домаће привреде и даље представљају значајан инструмент ограничења међународне конкуренције. Међу њима су: и даље високе царине на поједине врсте производа, извозне и домаће субвенције, производни стандарди и технички услови (атести), мере заштите од прекомерног увоза, дискриминаторски прописи о јавним набавкама, увозне квоте и дискриминаторска правила о пореклу производа.⁵⁹² Управо из тих разлога, неки учесници су указали на потребу усаглашавања WTO правила са принципима конкуренције на отвореним тржишту *пре* усвајања мултилатералног оквирног споразума о конкуренцији или унификације права заштите конкуренције.⁵⁹³ У том смислу, изнети су ставови о антиномији антидампиншких прописа и права конкуренције и истакнут предлог појединих учесника у раду Групе о измени члана VI GATT-а за увођење обавезе утврђивања *намере* истискивања конкуренције (предаторства, грабежљивости) извозом производа по цени нижој од нормалне цене, као услова за одређивање антидампиншке царине.

Радна група је разматрала и могуће облике и оквири мултилатералне сарадње у области заштите конкуренције. Сагледани су и предлози за остваривање такве сарадње у оквиру Светске трговинске организације, која би подразумевала одређени, макар оквирни, степен хармонизације права конкуренције. У случају прихватања TRIPS-модела споразума о конкуренцији, државе чланице које нису донеле законе о заштити конкуренције имале би *позитивну* обавезу да то учине, и то у складу са мултилатерално одређеним *минималним стандардом заштите*. Многи учесници су указали на неприкладност таквог споразума, имајући у виду разноликост националних правно-институционалних система заштите конкуренције. У вези са тим, указано је и на пример Хонг Конга и Сингапура у којима постоји изузетно активно и конкурентно тржиште у *одсутву* формално усвојених закона о заштити конкуренције. Други учесници, међу којима је Европска унија, промовишу предности мултилатералног

⁵⁹² *Ibid*, ad 582, pp. 191-192.

⁵⁹³ *Ibid*, pp. 198.

приступа сарадњи у заштити међународне конкуренције оквирном хармонизацијом прописа, тачније, усвајањем WTO оквирног споразума.

Рад Групе је, међутим, заснован на истраживању односа трговине и конкуренције и има, пре свега, едукативан карактер.⁵⁹⁴ Тачније, Група нема мандат да иницира и управља формалним преговорима у циљу усвајања мултилатералног оквирног споразума о конкуренцији. Као што је напред истакнуто, такви циљеви су били саставни део Доха развојне агенде, али се од њих одустало услед неуспеха преговора на Министарској конференцији у Канкуну 2003. године.

5. Реалне могућности за усвајање међународног споразума о заштити конкуренције

Различити чиниоци остварују опречно или недовољно усклађено дејство на процес хармонизације права конкуренције. Амерички професор права Спенсер Вебер Волер (Spencer Weber Waller) указује на три основна извора, односно врсте чинилаца који опредељују тај процес: државни и субдржавни интереси; пословни интереси; и институционални интереси.⁵⁹⁵ Између држава, као и унутар самих држава (између различитих нивоа државне власти и органа), постоје опречни приступи у односу на даљи развој правне и институционалне заштите међународне конкуренције. Преовлађујући став Сједињених Америчких Држава је опредељење ка међудржавној и институционалној сарадњи у примени права заштите конкуренције и спровођењу одлука надлежних органа.⁵⁹⁶ Тај став означава значајан преокрет од политике и праксе једностране, екстратериторијалне примене америчког права конкуренције (енг.

⁵⁹⁴ „WGTCР 1999 Report“ – Наведено према: *Ibid*, ad 582, pp. 194.

⁵⁹⁵ Spencer Weber Waller, „The Internationalization of Antitrust Enforcement“, *Boston University Law Review*, 1997, Vol. 77:343, pp. 374-391.

⁵⁹⁶ Тај став је правно утемељен на Закону о сарадњи у заштити међународне конкуренције из 1994. године, а институционално и политички на следећим актима: Упутства Министарства правде и Федералне тржишне комисије о заштити међународне конкуренције из 1977. године (ревидирана изменама из 1988. и 1995. године); и Извештај Саветодавне комисије за међународну конкуренцију из 2000. године. Последњи званични став америчког Министарства правде од новембра 2011. године заснива се на поменутом Извештају из 2000. године, и не садржи чак ни посредно упућивање на било какав облик будуће формалне, одн. мултилатералне хармонизације права конкуренције. *Видети: International Antitrust Enforcement Assistance Act of 1994*, Pub. L. No. 103-438, 108 Stat. 4597, codified at 15 USC ss 6201-6212 (1994); US Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations (1995)*; International Competition Policy Advisory Committee to the Attorney General and Assistant Attorney General, *Final Report (2000)*; US Department of Justice, *The Antitrust Division's International Program*, November 2011, pp. 8-11.

„*antitrust*“) на акте и радње предузете изван територије САД са непосредним, значајним и предвидивим последицама на америчко тржиште.⁵⁹⁷ С друге стране, представља значајно удаљавање од званичног става Европске уније о потреби хармонизације права конкуренције на међународном нивоу.^{598 599}

Вебер заступа становиште да ће услови за успешну хармонизацију права међународне конкуренције бити испуњени у једном од следећих случајева: хегемоније (превласти америчког или европског става); дубље економске интеграције држава; или спонтаног приближавања вредносних ставова држава о оптималном моделу заштите међународне конкуренције. Став о потенцијалној хегемонији америчке или европске политике у области конкуренције, Вебер заснива на чињеници о променљивости (динамици) односа снага и утицаја регионалних трговинских асоцијација држава. У том смислу, истиче америчко поље утицаја преко Северноамеричког споразума о слободној трговини (енг. *North-American Free Trade Agreement – NAFTA*), као и европско поље утицаја преко споразума о стабилизацији и придруживању. Право конкуренције припада једном од најразвијених облика комунитарног права и представља саставни део европске правне тековине (*acquis communautaire*) – чије је усвајање услов стицања кандидатуре за чланство у ЕУ или закључење трговинских споразума са Унијом.⁶⁰⁰

Међународна хармонизација права конкуренције одговара Европској унији и из унутрашњих организационих разлога, који су у вези са питањем разграничења *искључиве, заједничке* и *подељене* надлежности Европске комисије и држава чланица за вођење преговора и закључење међународних уговора. На значај институционалне и материјалне надлежности Европске комисије у међународним односима ЕУ и остатка света, указује пример поништаја билатералног Споразума између Владе Сједињених

⁵⁹⁷ Надлежност америчких судова према месту наступања последица (енг. „*effects doctrine*“), без обзира на место предузимања радње, заснивана је на критеријуму *намере* остваривања последица предузете радње и *наступања* последица у односу на америчко тржиште. Судски прецедент у примени овог критеријума надлежности забележен је у случају *Alcoa – United States v. Aluminium Co. of Am.*, 148 F2d 416 (2d Cir. 1945). Каснијом судском праксом је ублажен додатним условима и уважавањем интереса држава у којима је предузета радња (енг. „*comity*“), све до коначно уобличеног става у случају *Hartford Fire Insurance – Hartford Fire Insurance Co v. California*, 509 U.S. 764 (1993).

⁵⁹⁸ Extract From a Speech by Sir Leon Brittan in Davos (Switzerland): „A Framework For International Competition“, Reference: IP/92/74, Date: 03/02/1992.

⁵⁹⁹ Commission of the European Communities: „Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Cooperation and Rules“, Report of the Group of Experts, Brussels, 12.07.1995, COM(95) 353 final.

⁶⁰⁰ *Ibid* (Spencer W. Waller), ad 595, pp. 382.

Америчких Држава и Комисије Европске заједнице о примени права конкуренције,⁶⁰¹ по тужби Француске Европском суду правде,⁶⁰² као и проблем одређења области заједничке и искључиве надлежности Европске уније у односу на државе чланице у оквиру мандата за вођење преговора и закључење споразума под окриљем Светске трговинске организације.⁶⁰³

Између америчког и европског поља утицаја и ставова у вези са „интернационализацијом“ права конкуренције, налазе се изоловани ставови одређених држава, попут Велике Британије и Јапана – које не подржавају ниједан облик хармонизације у овој области.⁶⁰⁴

Спенсер закључује да амерички искључиви став о јачању билатералне и институционалне сарадње у примени права конкуренције неће моћи да надвлада европски став о мултилатералној хармонизацији. Један од разлога је услов *реципроцитета* који је неопходан у процесу закључења и примене билатералних споразума о сарадњи. Наиме, све значајнији број држава своје спољнотрговинске интересе усмерава ка тржишту Европске уније, па је став Спенсера да би преговарачко истрајавање САД супротстављањем сваком облику формалне хармонизације права конкуренције водило ка њеној изолацији од остатка међународне економске заједнице.⁶⁰⁵

Време ће показати да ли ће се остварити наведено предвиђање. Спенсер је овај став изнео у ауторском чланку објављеном 1997. године. Имајући у виду неуспех WTO преговора у Канкуну 2003. године, као и Одлуку Министарског савета из 2004. године о обустављању рада Радне групе WTO о трговини и конкуренцији – може се рећи да европски став није добио неопходну подршку од стране држава у развоју. Став о потреби мултилатералне хармонизације права конкуренције је и даље званични став Уније, али ће његово прихватање од стране шире међународне заједнице зависити не само од хегемоније политичког утицаја ЕУ, већ и од интензитета развоја тржишних

⁶⁰¹ *Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the Application of Their Competition Laws* (1995) OJ L 95, 47 (signed and entered into force 23 September 1991); corrected at (1995) OJ L 131, 38.

⁶⁰² *Case French Republic v Commission (C-327/91)* (1994) ECR I-3641, I-3678.

⁶⁰³ *Opinion on Community Competence to Conclude Certain International Agreements*, Opinion 1/94, 1 CEC (CCH) 153, 235-47 (1995).

⁶⁰⁴ *Ibid*, ad 595, pp. 384.

⁶⁰⁵ *Cit, ibid*, pp. 385: „If the United States spends its negotiating capital on opposing EU initiatives to harmonize or internationalize antitrust rules, it will only isolate itself from the rest of the world trading community on this issue.“

односа у оквиру процеса тзв. дубоке интеграције држава (енг. „*deep integration*“), као и спонтаног приближавања вредносних ставова о оптималном моделу заштите међународне конкуренције.

У садашњем тренутку, чини се да процес „интернационализације“ права међународне конкуренције иде у смеру обрнутом од оног који је Спенсер навестио. Тачније, застој преговора у оквиру Светске трговинске организације створио је погодне услове за остваривање америчког модела заштите међународне конкуренције путем билатералне и институционалне сарадње. Тај процес је додатно ојачан организовањем Међународне мреже за конкуренцију – *International Competition Network* (ICN) 2001. године, као значајног институционалног покретача „меке“ хармонизације права конкуренције. Основни принципи америчке политике у области заштите међународне конкуренције изнети су у Извештају Саветодавне комисије за међународну политику конкуренције у саставу Министарства правде, из 2000. године: *транспарентност* и одговорност; *сарадња* између националних органа за заштиту конкуренције; *мека хармонизација* и приближавање система.⁶⁰⁶ Недавне изјаве званичника Антимонополског одељења Министарства правде САД потврђују доследност америчке политике засноване на тим принципима и у наредном периоду.⁶⁰⁷ На потребу усмеравања напора ка циљу *материјалног* приближавања права конкуренције указано је само у виду назнаке, и то у *оквиру* механизма међудржавне и институционалне *сарадње*, а не у оквиру мултилатералног споразума о општим принципима тог права.⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ International Competition Policy Advisory Committee, 'Final Report to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust' (Feb. 28, 2000) – „ICPAC Report“.

⁶⁰⁷ Rachel Brandenburger, Special Advisor, International Antitrust Division, U.S. Department of Justice: „International Competition Policy and Practice: New Perspectives?“, Remarks as Prepared for The Centre of European Law, King's College, London, United Kingdom, October 29, 2010, pp. 21.

⁶⁰⁸ *Cit. id.*, pp. 31: „*Convergence can take many forms, including substantive principles, remedies, or procedures, but convergence is fundamentally about enhancing the likelihood that agencies get to similar answers on similar questions in similar cases.*“ . . . „*Attaining convergence among such a large number of agencies, each with its own unique legal culture, enforcement regime, political structure and economic situation, is difficult, and we need to recognize that it may be unrealistic to expect convergence on everything. Given these limits, . . . we may need to refine our thinking on convergence.*“ . . . „. . . we may need to 'untangle' the processes and procedures international competition authorities employ in investigations from the substantive, legal and economic theories they apply, and focus on the latter, given the uncertainties of achieving further uniformity of processes and procedures across the world's many legal traditions.“

ТРЕЋИ ДЕО

ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У ПРАВУ СРБИЈЕ

1. Структура домаћег законодавства

Правни оквир домаћег законодавства о заштити конкуренције заснован је на Закону о заштити конкуренције, подзаконским прописима (уредбе) које доноси Влада Републике Србије на основу Закона, као и аутономним изворима тзв. меког права (упутства и смернице), које доноси Комисија за заштиту конкуренције.

Право заштите конкуренције је нова правна дисциплина у поретку Републике Србије, како у теоријском, тако и у позитивно-правном и практичном смислу. Резултат је, пре свега, политичке потребе усаглашавања правног система Србије са европским правом, у складу са преузетим обавезама из Споразума о стабилизацији и придруживању.¹ Такође, заштита конкуренције представља и неопходан претходни услов за остваривање оптималних циљева либерализације домаћег тржишта, након пријема Србије у чланство Светске трговинске организације.²

У том смислу, важно је нагласити да право конкуренције Републике Србије није производ континуираног развоја економске и правне мисли у оквирима наше правне традиције и поретка, већ потпуно нова правна дисциплина чији позитивно-правни оквир представља скуп правила преузетих из европског права конкуренције. Истина је, додуше, да је и пре доношења Закона о заштити конкуренције, у правном поретку Србије постојала забрана стицања и искоришћавања монополског положаја,³ као и

¹ Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране („Сл. гласник РС – Међународни уговори“, бр. 83/2008). У члану 72 став 1 Споразума (Наслов VI – „Усклађивање прописа, примена права и правила конкуренције“) наведено је: „*Стране признају важност усклађивања важећег српског законодавства са законодавством Заједнице и његове делотворне примене. Србија ће настојати да обезбеди постепено усклађивање постојећих закона и будућег законодавства са правним тековинама Заједнице. Србија ће обезбедити да ће важеће и будуће законодавство бити правилно примењено и спроведено.*“ У складу са одредбом члана 73 став 2 у вези става 1 Споразума, свако поступање које доводи до повреде конкуренције у мери која може утицати на трговину између Заједнице и Србије „... оцењиваће се на основу критеријума који проистичу из примене правила конкуренције која се примењују у Заједници, нарочито чланова 81, 82, 86 и 87 Уговора о ЕЗ и инструмената тумачења које су усвојиле институције Заједнице.“

² Влада Републике Србије образовала је Комисију за координацију процеса преговора за приступање Светској трговинској организацији 2002. године, на основу Одлуке Владе објављене у „Сл. гласнику РС“ бр. 14/2002. Србија је поднела пријаву за приступање СТО 15. фебруара 2005. године. Радна група СТО за испитивање пријаве састала се до сада дванаест пута, од којих последњи пут марта 2012. године. Према извештајима о току преговора, процес приступања Србије Светској трговинској организацији улази у завршну фазу. Извор: сајт СТО на веб страници www.wto.org (на дан 15.11.2012. године).

³ Антимонополски закон („Сл. лист СРЈ“, бр. 29/96 и „Сл. гласник РС“, бр. 85/2005 – др. закон), донет је 1996. године и био на снази до почетка примене Закона о заштити конкуренције, тачније, до 24.09.2005. године. Закон, према аутору овог рада, представља упрошћену верзију каснијег Закона о заштити конкуренције и могао је – уз довољно свести о значају конкуренције и политичке спремности за кажњавање привредних субјекта који је спречавају, ограничавају и нарушавају – служити као погодан инструмент у борби против картела и монопола у српској привреди. Антимонополским законом су

забрана нелојалне конкуренције⁴ и других облика довођења привредних субјеката у неравноправан положај на јединственом тржишту.⁵ Иако је начело забране ограничавања тржишта одувек било једно од основних уставних начела нашег државно-правног система,⁶ законске одредбе о спречавању монопола и дискриминације су имале занемарљиво малу примену у пракси. Томе је сигурно допринео вишедеценијски систем државног интервенционизма у привреди, заснован на удруженом раду и друштвеној својини.

Привредна реформа је саставни део транзиционог процеса Републике Србије, односно њеног преласка на тржишни систем привређивања, чије се основне одлике огледају у укидању друштвеног облика својине њеном приватизацијом или подржављењем, отварању (либерализацији) домаћег тржишта и јачању институционалних, правних и регулаторних механизма тржишне привреде и конкуренције. Правни оквир том процесу, у делу који се односи на јачање конкуренције, управо је требало да пружи поменути Закон о заштити конкуренције, који је донет 2005. године.

Ступањем на снагу Закона о заштити конкуренције из 2005. године („Сл. гласник РС“, бр. 79/2005) престао је да важи Антимонополски закон („Сл. лист СРЈ“,

утврђене радње и акти предузећа и других правних лица којима се злоупотребом монополског, односно доминантног положаја и закључивањем монополистичких споразума нарушава конкуренција и изазивају поремећаји на јединственом тржишту, као и мере за њихово спречавање и отклањање (члан 1).

⁴ Законом о трговини („Сл. лист СРЈ“, бр. 32/93, 50/93, . . . „Сл. гласник РС“, бр. 101/2005 – др. закон и 85/2005 – др. закон) било је предвиђено да се нарушавањем конкуренције, у смислу тог закона, сматрају акти и радње нелојалне конкуренције, шпекулације и ограничавања јединственог тржишта, као и да такви акти и радње нису допуштени (члан 11). Нови Закон о трговини („Сл. гласник РС“, бр. 53/2010), такође, садржи одредбе о непоштеној тржишној утакмици (члан 50-52), тако што под истом сматра нелојалну конкуренцију (члан 50), недозвољену шпекулацију (члан 51) и пирамидалну трговину (члан 52). Овде треба нагласити да непоштена тржишна утакмица, по себи, не доводи до битне повреде конкуренције на релевантном тржишту, већ до непоштено стечене конкурентске предности једног привредног субјекта у односу на другог (конкурента), чиме се конкуренту наноси или може нанети штета.

⁵ Одредбом члана 14 Закона о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, . . . „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља) предвиђено је да „(у) заснивању облигационих односа стране не могу установљавати права и обавезе којима се за било кога ствара или искористићава монополски положај на тржишту“. Поред тога, одредбом члана 690 став 1 истог закона прописано је да „(н)раво искористићавања предмета лиценце може бити просторно ограничено само ако то није противно прописима о јединственом југословенском тржишту“.

⁶ Члан 74 став 3 Устава Савезне Републике Југославије („Сл. лист СРЈ“, бр. 1/92, 34/92): „Противуставни су сваки акт и радња којима се ствара или подстиче монополски положај, односно на било који начин ограничава тржиште.“ Члан 64 став 3 Устава Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 1/90): „Противуставан је сваки акт и свака радња којима се ствара или подстиче монополски положај, односно на други начин ограничава тржиште.“ Члан 84 став 2 Устава Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 98/2006): „Забрањени су акти којима се, супротно закону, ограничава слободна конкуренција, стварањем или злоупотребом монополског или доминантног положаја.“

бр. 29/96). Према одредби члана 1 Закона о заштити конкуренције, овим законом се уређује заштита конкуренције на тржишту ради обезбеђивања равноправности учесника на тржишту, а у циљу подстицања економске ефикасности и остваривања економског благостања друштва у целини, нарочито потрошача и оснива се Комисија за заштиту конкуренције.

Закон је, међутим, већ на почетку примене, указао на значајна одступања од европских стандарда у поступку испитивања повреде конкуренције. Нека од њих су у великој мери спречавала Комисију за заштиту конкуренције да спроведе поступак на ефикасан начин и допринесе ефективном остваривању циљева Закона. Ова ограничења су се огледала у одсуству овлашћења Комисије да изриче новчане казне учесницима у поступку за које је, након испитног поступка, утврдила да су извршили повреду конкуренције.⁷ Поред тога, нису били обезбеђени ни основни механизми обезбеђења процесне дисциплине учесника у поступку, имајући у виду да Комисија није имала овлашћење да изрицањем новчаних пенала санкционише учеснике у поступку који не поступи по њеном захтеву да доставе или саопште потребне податке, или јој доставе и саопште нетачне, непотпуне или лажне податке.⁸

Наведени и други недостаци указали су на неопходност доношења новог закона, што је учињено Законом о заштити конкуренције из 2009. године („Сл. гласник РС“, бр. 51/2009). Овај Закон је почео да се примењује 01.11.2009. године. Сходно одредби члана 74 новог Закона, на поступке који су започети до дана почетка примене овог закона примењују се прописи по којима су започети, тачније, примењује се Закон о заштити конкуренције („Сл. гласник РС“, бр. 79/2005) и подзаконска акта донета за спровођење тог закона.

Предметна одредба прелазног карактера довела је, међутим, до временског сукоба два закона и недовољно сагледаних последица, што је јасно видљиво у неколико спроведених поступака пред Комисијом. Тако је, на пример, Савет Комисије на седници од 22.05.2009. године донео одлуку којом утврђује да су Акционарско друштво

⁷ Комисија је имала само овлашћење да одређује мере заштите конкуренције и рокове за њихову примену (члан 8 став 2 и члан 19 став 2 Закона). Новчана казна у висини од 1 до 10 % од укупног годишњег прихода у претходној обрачунској години, могла је да буде изречена само у поступку пред надлежним органом за прекршаје, сходно казним одредбама из члана 71 Закона.

⁸ На ове, и друге недостатке Закона о заштити конкуренције из 2005. године указано је у ауторском раду: Др Владимир Серјевић и Вања Серјевић, „Заштита конкуренције – хармонизација са правом ЕУ“, *Зборник радова са Научне конференције „Функционисање правног система Републике Србије“*, Правни факултет у Нишу, 2006, стр. 296-311.

„Млекара“ из Суботице и Акционарско друштво Индустрија млека и млечних производа „Имлек“ из Београда злоупотребили доминантан положај на релевантном тржишту откупа сировог млека од стране млекара на територији Републике Србије наметањем неправедних услова пословања и применом неједнаких услова пословања на исте послове са различитим учесницима на тржишту.⁹ Одлука је донета пре доношења новог Закона о заштити конкуренције, дакле, у поступку започетом по одредбама претходног закона.

Управни поступак ради одређивања управне мере Комисија је, међутим, покренула по службеној дужности према одредбама *новог* Закона, након што је пресудом Управног суда 15 У 10130/10 од 22.10.2010. године одбијена тужба учесника у поступку, „Имлек“ Београд и „Млекара“ Суботица (млекаре-чланице „DANUBE FOODS GROUP“) и потврђено решење Комисије бр. 5/0-02-135/09-18 од 22.05.2009. године (којим је утврђена злоупотреба доминантног положаја на тржишту откупа сировог млека). Учесници у поступку су у одговору на обавештење Комисије о покретању поступка за одређивање управне мере истакли процесни приговор, тако што су навели да постоји *„немогућност покретања поступка за изрицање управне мере у оквиру окончаног и завршеног основног поступка . . . супротно одредби члана 74 важећег Закона, који . . . 'забрањује' примену тог закона на поступке који су започети по одредбама ранијег Закона . . . што представља грубу повреду општеприхваћеног, а истовремено и уставног начела забране ретроактивне примене права . . .“*, итд.¹⁰

И поред приговора учесника у поступку, Комисија је споровела поступак одређивања мере заштите конкуренције у складу са новим Законом, иако је реч о наставку поступка започетог по ранијем Закону. У образложењу решења о одређивању мере (плаћањем новчаног износа у висини 1,92 % од укупног годишњег прихода оствареног у 2006. години),¹¹ Комисија је, између осталих, дала следеће разлоге за наставак поступка по претходном Закону: *„ . . . , Савет Комисије је заузео правни став према коме је у оваквој чињенично и правној ситуацији нужно покретање поступка за изрицање управних мера из члана 68 у вези члана 57 став 1 Закона. . . . Поступак је започет по раније важећем Закону о заштити конкуренције . . . те је примена његових*

⁹ Одлука Савета Комисије од 22.05.2009. године. Извор – сајт Комисије за заштиту конкуренције на веб-страници: www.kzk.gov.rs.

¹⁰ Извод из образложења Решења Комисије за заштиту конкуренције бр. 5/0-02-43/2011 од 24.01.2011. године. Видети на сајту Комисије.

¹¹ 51.262.576,00 РСД („Млекара“ Суботица) и 254.885.759,00 РСД („Имлек“ Београд).

одредаба неспорна. У складу са одредбама претходног, односно раније важећег Закона констатована је повреда, док је утврђивање прекршајне одговорности било немогуће спровести услед непостојања регулаторних и институционалних предуслова. Међутим, такође је неспорно да се поступак по утврђеној повреди мора окончати, што значи да исти никако не може бити обустављен или прекинут услед наводне правне празнине. . . . Комисија има дужност да поступак заштите конкуренције реализује до краја . . . овај поступак није у супротности са чланом 74 Закона. . . . У прилог напред изнетог става, говори опште прихваћено начело правне сигурности у казном праву, које је имплементирано и у Уставу Републике Србије, да се казна одређује према пропису који је важио у време кад је дело учињено, изузев кад је каснији пропис повољнији за учиниоца. Имајући у виду да је по својој правној природи мера заштите конкуренције из члана 68 Закона управно казнена мера, Комисија налази да се у конкретном случају, у погледу санкције, има применити нови Закон, с обзиром да је повољнији за учиниоца . . . У прилог оваквог становишта стоји и став прекршајног суда . . . “¹²

Овај пример показује како промена закона (и недовољно прецизне прелазне одредбе о интертемпоралном важењу закона) може да доведе до правне несигурности субјеката на које се закон примењује и угрози кредибилитет надлежних органа примене закона.

Шири правни оквир заштите конкуренције употпуњен је уредбама предвиђеним законом, којима се детаљније уређују права и обавезе учесника на тржишту и начин поступања Комисије, а то су: Уредба о критеријумима за одређивање релевантног тржишта („Сл. гласник РС“, бр. 89/09), Уредба о садржини и начину подношења пријаве концентрације („Сл. гласник РС“, бр. 89/09), Уредба о споразумима о специјализацији између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране („Сл. гласник РС“, бр. 11/2010), Уредба о споразумима о истраживању и развоју између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране („Сл. гласник РС“, бр. 11/2010), Уредба о споразумима између учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране („Сл. гласник РС“, бр. 11/2010), Уредба о критеријумима за одређивање висине износа који

¹² *Ibid*, ad 10.

се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера („Сл. гласник РС“, бр. 50/2010) и Уредба о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера („Сл. гласник РС“, бр. 50/2010).¹³

2. Садржај и значај домаћег законодавства

Одредбом члана 1 Закона о заштити конкуренције¹⁴ предвиђено је да се овим законом уређује заштита конкуренције на тржишту Републике Србије, у циљу економског напретка и добробити друштва, а нарочито користи потрошача, као и оснивање, положај, организација и овлашћења Комисије за заштиту конкуренције. Повредом конкуренције у смислу закона сматрају се акти или радње учесника на тржишту које за циљ или последицу имају или могу да имају значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције.¹⁵

Облици повреде конкуренције одређени су у чл. 10-14 („Рестриktivни споразуми“) и чл. 15-16 Закона („Злоупотреба доминантног положаја“). Поред тога, одредбама чл. 17-19 („Концентрација учесника на тржишту“) дефинисан је појам концентрације и прописано да су исте дозвољене, осим ако би значајно ограничиле, нарушиле или спречиле конкуренцију на тржишту Републике Србије или његовом делу, а нарочито ако би то ограничавање, нарушавање или спречавање било резултат стварања или јачања доминантног положаја.

Одредбе о облицима повреде конкуренције у потпуности одговарају одредбама члана 101 и 102 Споразума о функционисању Европске уније (СФЕУ). Рестриktivни споразуми су споразуми између учесника на тржишту који имају за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције на територији Републике Србије.¹⁶ Ови споразуми су забрањени и ништави,¹⁷ осим у случајевима

¹³ *Годишњи извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције за 2011. годину*, Београд, фебруар 2012, стр. 3.

¹⁴ Закон о заштити конкуренције („Сл. гласник РС“, бр. 51/2009).

¹⁵ Члан 9 Закона.

¹⁶ Члан 10 став 1 Закона.

¹⁷ Питање утврђења ништавости није уређено српским Законом, имајући у виду да Комисија за заштиту конкуренције има једино овлашћење да утврди повреду конкуренције и изрекне мере заштите конкуренције и друге (управне) мере. Упоредбе ради, одредбом члана 12(3) словеначког Закона о

изузећа од забране у складу са Законом.¹⁸ Појмовно одређење *рестриктивних споразума* преузето је из европског права, тачније, из члана 101 СФЕУ. Наиме, рестриктивни споразуми могу бити *уговори, поједине одредбе уговора, изричити или прећутни договори, усаглашене праксе, као и одлуке облика удруживања учесника на тржишту*, којима се нарочито: 1) непосредно или посредно утврђују куповне или продајне цене или други услови трговине; 2) ограничава и контролише производња, тржиште, технички развој или инвестиције; 3) примењују неједнаки услови пословања на исте послове у односу на различите учеснике на тржишту, чиме се учесници на тржишту доводе у неповољнији положај у односу на конкуренте; 4) условљава закључивање уговора или споразума прихватањем додатних обавеза које с обзиром на своју природу и трговачке обичаје и праксу нису у вези са предметом споразума; 5) деле тржишта или извори набавки.

Битну новину у односу на претходни Закон о заштити конкуренције из 2005. године, у овом делу, чине одредбе члана 14 („*Споразуми мањег значаја*“).¹⁹ Тиме је наш Закон употпуњен *de minimis* правилима европског права, којима је предвиђено да *изван* надлежности овлашћеног органа за испитивање ефеката рестриктивних споразума остају споразуми мањег значаја, тачније, споразуми између учесника на тржишту са занемарљиво малим тржишним уделом на релевантном тржишту производа, *осим* када је циљ хоризонталног споразума одређивање цена или ограничавање производње или продаје, односно подела тржишта снабдевања, као и када је циљ вертикалног споразума одређивање цене, односно поделе тржишта.²⁰ Сходно одредбама члана 14 Закона о заштити конкуренције, *споразуми мањег значаја* су споразуми између учесника на тржишту чији укупни тржишни удео на релевантном

спречавању ограничавања конкуренције („Сл. лист Републике Словеније“, бр. 36/08 и 40/09) предвиђено је да Канцеларија (за заштиту конкуренције) може поднети тужбу надлежном суду за поништај (утврђење ништавости) рестриктивног споразума.

¹⁸ Члан 10 став 3 Закона.

¹⁹ Овим је, према оцени аутора, створена могућност за тржишно удруживање малих и средњих предузећа (посебно, удруживањем у производне и дистрибутивне кластере), као и за заједничко иступање пољопривредних произвођача у понуди и продаји, али и преради, пољопривредних производа (посебно, удруживањем у задруге, као најпожељнији облик удруживања). Ипак, аутор је мишљења да је требало *изузети* од примене Закона наведене облике удруживања у циљу подстицања предузетништва и развоја пољопривредног сектора, као што је учињено законима извесног броја других, много развијених држава него што је Србија. Тиме би се омогућило да наведени субјекти буду под режимом посебне заштите, при чему би предмет испитивања повреде конкуренције били само они облици њиховог удруживања (кластери, задруге) са значајним уделом на релевантном тржишту (преко 25 % удела). Позитиван пример, у том смислу, су одредбе члана 3(1) и члана 28 немачког Закона против ограничавања конкуренције.

²⁰ Члан 14 став 2 Закона.

тржишту производа и услуга на територији Републике Србије, није већи од: 1) 10% тржишног удела, уколико учесници у споразуму послују на истом нивоу ланца производње и промета (хоризонтални производи); 2) 15% тржишног удела, уколико учесници у споразуму послују на различитом нивоу ланца производње и промета (вертикални споразуми); 3) 10% тржишног удела, уколико споразум има карактеристике и хоризонталних и вертикалних споразума или где је тешко одредити да ли је споразум вертикалан или хоризонталан; 4) 30% тржишног удела, уколико се ради о споразумима са сличним утицајем на тржиште закљученим између различитих учесника, ако појединачни тржишни удео сваког од њих не прелази 5% на сваком појединачном тржишту на коме се испољавају ефекти споразума.

Рестриктивни споразуми могу бити изузети од забране под општим условима, предвиђеним у члану 11 Закона, тачније, уколико доприносе унапређењу производње и промета, односно подстицању техничког или економског напретка, а потрошачима обезбеђују правичан део користи, под условом да не намећу учесницима на тржишту ограничења која нису неопходна за постизање циља споразума, односно да не искључују конкуренцију на релевантном тржишту или његовом битном делу. Притом, постоје две групе ослобођења: *појединачно* и *групно* изузимање од забране. *Појединачно* изузеће од забране (члан 12) одобрава се на захтев учесника у рестриктивном споразуму, при чему исто може трајати најдуже осам година (пет година по Закону о заштити конкуренције из 2005. године). *Изузеће од забране по категоријама споразума* (члан 13) наступа по сили закона, без обавезе учесника у споразуму да поднесу захтев Комисији ради изузећа (став 2), уколико споразум у питању припада категорији споразума који су изузети посебном уредбом Владе.²¹

Одредбом члана 16 став 1 Закона *забрањена је злоупотреба доминантног положаја на тржишту. Доминантан положај* на тржишту има учесник на тржишту који *нема конкуренцију или је конкуренција безначајна, односно који има значајно бољи положај у односу на конкуренте* узимајући у обзир величину тржишног удела, економску и финансијску снагу, приступ тржиштима снабдевања и дистрибуције, као и

²¹ Уредба о споразумима о истраживању и развоју између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране („Сл. гласник РС“, бр. 11/2010); Уредба о споразумима о специјализацији између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране („Сл. гласник РС“, бр. 11/2010); Уредба о споразумима између учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране („Сл. гласник РС“, бр. 11/2010).

правне или чињеничне препреке за приступ других учесника на тржишту.²² Претпоставља се да учесник на тржишту има доминантан положај, ако је његов тржишни удео на релевантном тржишту 40% или више (члан 15 став 2), односно, да два или више учесника на тржишту има доминантан положај (колективна доминација) ако је њихов укупни тржишни удео 50% или више,²³ а између њих не постоји значајна конкуренција (члан 15 став 3). Наравно, могуће је да доминантан положај на тржишту имају и учесници на тржишту са уделима који су мањи од наведених, у ком случају терет доказивања ове чињенице сноси Комисија (став 4).

Сходно одредбама члана 33 Закона о заштити конкуренције, *странка у поступку* пред Комисијом је учесник на тржишту који је поднео пријаву концентрације или захтев за појединачно изузеће, односно учесник на тржишту против кога је покренут испитни поступак.²⁴

Значајну новину у односу на Закон из 2005. године представљају одредбе члана 45 Закона („*Заштићени подаци*“), а посебно одредба става 4 тог члана, којом је прописано: „*Заштићени подаци немају својство информације од јавног значаја у смислу закона којим се уређује слободан приступ информацијама од јавног значаја.*“ Овим се пружа пуна и ефикасна заштита лицу које је подносилац иницијативе за испитивање повреде конкуренције или трећег лица које је доставило, односно ставило на увид податке у поступку, тачније, штити се *идентитет извора података и других података од значаја за заштиту идентитета*. Наведена одредба је у непосредној вези са новим институтом *ослобађања од обавезе из мере заштите конкуренције* (члан 69 Закона), којом је предвиђена могућност ослобађања од обавезе плаћања новчаног

²² Члан 15 став 1 Закона. Овако дата дефиниција доминантног положаја идентична је одредбама члана 19(2) немачког Закона против ограничавања конкуренције. Упоређења ради, словеначки Закон дефинише доминантан положај у члану 9(2) као: *могућност једног или више учесника на тржишту да, у значајној мери, предузимају пословне активности независно од конкурената, клијената или потрошача*. Таква дефиниција је у складу са појмом доминације (енг. *dominance*) у тачки 10 Упутстава Европске Комисије о примени члана 82 ЕЗ (Communication from the Commission – Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, *Official Journal of the European Union*, OJ C 45/7, 24.2.2009).

²³ У Словенији је овај удео одређен на 60% или више, као услов колективне доминације (члан 9(6) словеначког закона); у Немачкој (члан 19(3)) постоји претпоставка да учесник на тржишту има доминантан положај ако је његов тржишни удео једнак најмање трећини; колективна доминација се претпоставља када највише три учесника на тржишту достигне удео од 50%, као и када највише пет учесника на тржишту достигне удео од две трећине.

²⁴ Према одредби члана 16 словеначког Закона, својство странке у поступку могу стећи и друга лица, која поднесу пријаву за учешће у поступку и доставе доказе о постојању правног интереса за то. Пријава се може поднети у року од 30 дана од дана објављивања закључка о покретању поступка на вебсајту Канцеларије.

износа мере заштите конкуренције за учесника који *први* пријави Комисији постојање споразума и достави доказе на основу којих Комисија доноси решење о повреди конкуренције. Поред ослобађања од обавезе *првог* подносиоца значајних података о картелу и његовом деловању, предвиђена је и могућност *смањења* новчаног износа мере заштите конкуренције за остале учеснике који доставе податке и доказе који Комисији претходно нису били доступни, а који доприносе окончању испитног поступка и доношењу решења о повреди конкуренције (члан 69 став 3). Ближи услови за ослобађање од обавезе и смањење новчаног износа уређени су Уредбом о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције („Сл. гласник РС“, бр. 50/2010), као и Смерницама за примену члана 69 Закона о заштити конкуренције и Уредбе о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције, донетим 30.08.2010. године.²⁵

У Закону, међутим, није предвиђена обавеза заштите *поверљивих* података који се налазе у списима предмета, а тичу се пословања учесника на тржишту (пословне информације) и података који представљају *пословну тајну*.²⁶

Одредбама члана 52, 53 и 54 Закона Комисији су дата значајна овлашћења код спровођења увиђаја у поступку испитивања повреде конкуренције. Овлашћења су шира и потпуније уређена у односу на претходни Закон, тако што су усклађена са стандардима примене права конкуренције у ЕУ. Посебно је наглашено да место увиђаја, поред пословних просторија, могу бити и возила, земљиште и друге просторије у седишту странке и осталим местима где странка или треће лице обављају пословне и друге активности (члан 52 став 1 тачка 1). *Значајну новину* представљају одредбе о *ненајављеном увиђају* у члану 53 Закона, у случају постојања опасности уклањања или измене доказа који се налазе код странке или трећег лица, при чему се увиђај може

²⁵ Одредбама тачке 36 Смерница Комисије за заштиту конкуренције предвиђено је да се учеснику у рестриктивном споразуму може смањити обавеза: од 30 до 50 %, ако му је коначно признат статус *првог* подносиоца захтева за смањење обавезе; од 20 до 30 %, ако му је коначно признат статус *другог* подносиоца захтева за смањење обавезе; до 20 % ако му је коначно признат статус *трећег и сваког наредног* подносиоца захтева за смањење обавезе. Ове одредбе су у складу са одредбама тачке (26) Обавештења Комисије о имунитету из 2006. године (Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, 2006/C 298/11).

²⁶ Видети одредбе члана 13а и 13б словеначког Закона. Одредбом члана 55 став 2 српског Закона о заштити конкуренције из 2005. године било је предвиђено да се прибављени подаци који представљају државну, војну, службену или *пословну тајну* не могу саопштавати трећим лицима, осим на основу писмене сагласности лица на које се тај податак односи. Ово решење је у складу са међународним стандардима заштите поверљивих података у поступку, као предусловом за успостављање стабилног институционалног оквира међународне (билатералне и регионалне) сарадње у размени података о међународним и увозним картелима.

вршити и у *стану* или другој просторији која има исту, сличну или повезану намену (члан 54 став 3). Увиђај у стану се може вршити само ако се власник или држалац томе не противи, у супротном, председник Комисије ће без одлагања писмено затражити издавање одговарајуће судске наредбе.²⁷

Законом није предвиђена могућност изрицања посебних пенала због ометања службеног лица Комисије да изврши увиђај, поред одредбе о могућем присилном уласку у просторије уз помоћ полиције (члан 54 став 2).²⁸

Мера процесног пенала може се одредити учеснику на тржишту само у случају понашања супротног налогу Комисије из решења о одређивању управне мере заштите конкуренције (члан 57), односно због непоступања по том налогу, а у складу са условима за изрицање мера процесног пенала из члана 70 Закона. Висина пенала је од 500 евра до 5.000 евра на дан, при чему укупан износ не може да пређе 10% годишњег прихода учесника на тржишту. Рок за плаћање не може бити краћи од једног ни дужи од три месеца.²⁹

Одредбом члана 38 став 2 Закона предвиђено је да ће Комисија, пре доношења решења у поступку због повреде конкуренције, *обавестити странку* о битним чињеницама, доказима и осталим елементима на којима ће засновати решење и позвати је да се изјасни у *остављеном року*. Мишљење је аутора овог рада да је требало законом одредити рок у коме странка може доставити одговор Комисији; његовим изостављањем из закона дата су преширока дискрециона овлашћења Комисији и отворена могућност за *дискриминацију* између учесника у поступку.³⁰

У вези са наведеним обавештењем из члана 38 став 2 Закона, приметно је да није предвиђена могућност да странка у одговору прихвати налаз Комисије и понуди да

²⁷ За разлику од словеначког Закона (члан 28(3)), није предвиђена могућност да се странци у поступку достави закључак Комисије о покретању поступка испитивања повреде конкуренције *приликом увиђаја*, тачније, заједно са закључком Комисије о спровођењу увиђаја – што би допринело пуном остваривању циљева *ненајављеног (изненадног) увиђаја*, (енг. 'dawn-raid'). Поред тога, одредбама члана 33(1,3) словеначког Закона предвиђено је обавезно прибављање судског одобрења (наредбе, налога) за претрес стамбених просторија (а не само у случају противљења власника или држаоца, као у српском Закону); обавезно је присуство два пунолетна лица у својству сведока при претресу стамбених просторија (што је у српском закону прописано само у случају да држалац стана или његов пуномоћник нису присутни увиђају).

²⁸ У члану 31(2) словеначког Закона предвиђено је да Канцеларија, због ометања увиђаја, може да одреди плаћање пенала у висини до 1% годишњег прихода оствареног у претходној пословној години; рок за уплату пенала не може бити краћи од 15 дана, нити дужи од једног месеца.

²⁹ Упоређења ради, одредбом члана 27(4) словеначког Закона прописан је највиши износ пенала до 50.000 евра, при чему рок за плаћање не може бити краћи од 15 дана нити дужи од једног месеца.

³⁰ Одредбом члана 36(4,5) словеначког Закона прописано је да ће Канцеларија странкама оставити *примерени рок* за достављање одговора, при чему исти не може бити дужи од 45 дана.

преузме одговарајуће обавезе којима ће отклонити опасност настанка штетних последица на конкуренцију.³¹ Сматрамо да је то битан пропуст у изради Закона, јер је овај начин окончања поступка предвиђен у другим законима, а у складу је и са правилима ЕУ о спровођењу поступка испитивања повреде конкуренције.³²

Одлуке које Комисија може донети по окончању поступка испитивања рестриктивних споразума и злоупотребе доминације су: *управне мере, прекид поступка и мере отклањања повреде конкуренције*.³³ У току поступка испитивања, Комисија има овлашћење да доноси *привремене мере*,³⁴ тако што ће закључком да наложи престанак вршења одређених радњи или примене акта, односно обавезу предузимања радњи којима се спречавају или отклањају њихове штетне последице (ако постоји опасност од наступања ненадокнадиве штете).

Изузетно значајан напредак у односу на Закон из 2005. године представљају одредбе о управним мерама које одређује Комисија, у члану 57 Закона. Сходно одредби става 1 овог члана, 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. У складу са одредбама члана 57, члана 59 и члана 68 Закона, управне мере које одређује Комисија могу бити: *новчане мере* заштите конкуренције (члан 57 и 68) до 10% од укупног годишњег прихода, *мере понашања* (члан 59 став 1 и 2), и *структурне мере* (члан 59 став 3-5).³⁵

³¹ Таква могућност предвиђена је само у поступку испитивања концентрације, када Комисија може донети решење којим одобрава концентрацију и одређује посебне услове и рокове за њихово извршавање, као и начин контроле извршавања услова (условно одобрење, члан 66 Закона).

³² Видети: члан 39 словеначког Закона; члан 32b немачког Закона; члан 9 Уредбе ЕУ 1/2003 о примени правила о конкуренцији у члану 81 и 82 ЕЗ Уговора. Странка може доставити предлог за преузимање додатних обавеза (енг. *commitments*) од дана када јој је достављена одлука о покретању поступка испитивања, све до истека рока за подношење одговора на обавештење надлежног органа о намери доношења одлуке којом се утврђује повреда конкуренције.

³³ Члан 57-59 Закона.

³⁴ Члан 56 Закона.

³⁵ Овим су превазиђени озбиљни системски недостаци претходног Закона, по коме Комисија није имала овлашћење да одређује новчане мере заштите конкуренције, као ни структурне мере, чије је одређивање било изричито *забрањено* у члану 19 став 3 Закона. Тачније, према Закону из 2005. године, Комисија је имала само овлашћење да одређује мере понашања у складу са чланом 8 став 2 и чланом 19 став 2 тог Закона. Сходно члану 68 Закона, ако учесник на тржишту не би поступио у складу са изреченим мерама понашања, Комисија је могла да донесе решење о изрицању мере привремене забране вршења промета робе и/или услуга на релевантном тржишту (у трајању до три месеца) и привремене забране вршења делатности (не дуже од четири месеца, у случају непоштовања привремене забране вршења промета). Могућност новчаног кажњавања била је предвиђена само у посебном казненом поступку, по пријави

*Поступак испитивања концентрације*³⁶ може се спровести *ex ante* (на основу обавезне претходне пријаве концентрације од стране учесника у концентрацији) и *ex post* (по службеној дужности, односно по сазнању за спроведену концентрацију која не испуњава услове из закона, тј. која није одобрена у складу са законом).

Обавеза пријаве концентрације (нотификација) предвиђена је у члану 61 Закона. Концентрација мора бити пријављена Комисији у случају да је: 1) укупан годишњи приход свих учесника у концентрацији остварен на светском тржишту у претходној обрачунској години већи од 100 милиона евра, с тим што најмање један учесник у концентрацији на тржишту Републике Србије има приход већи од десет милиона евра; 2) укупан годишњи приход најмање два учесника у концентрацији остварен на тржишту Републике Србије већи од 20 милиона евра у претходној обрачунској години, с тим што најмање два учесника у концентрацији на тржишту Републике Србије имају приход већи од по милион евра у истом периоду.³⁷

Одредбе Закона о поступку испитивања концентрације пред Комисијом за заштиту конкуренције су нејасне и непотпуне, уз значајно ограничење временског капацитета Комисије да спроведе потпуну и правилну анализу комплексних чињеница о структури тржишта и осталим економским чиниоцима који опредељују *ефекат* планиране концентрације на релевантном тржишту. Наиме, Комисија је, сходно одредби члана 65 став 1 Закона, дужна да донесе решење по пријави концентрације у року од месец дана од дана подношења пријаве. Тачније, дужна је да у овом року донесе решење о одобравању концентрације у скраћеном поступку, без спровођења

Комисије за заштиту конкуренције надлежним органима за спровођење прекршајног поступка (члан 70-74 Закона из 2005. године) – што се показало крајње неделотворним механизмом превенције и санкционисања повреда конкуренције.

³⁶ Појам концентрације је одређен у члану 17 Закона, као: 1) спајање и друге статусне промене у којима долази до припајања учесника на тржишту у смислу закона којим се уређује положај привредних друштава; 2) стицање од стране једног или више учесника на тржишту, непосредне или посредне контроле у смислу члана 5 став 2 овог закона над другим учесником или више учесника на тржишту; 3) заједничко улагање од стране два или више учесника на тржишту у циљу стварања новог учесника на тржишту или стицања заједничке контроле у смислу члана 5 став 2 овог закона над постојећим учесником на тржишту, који послуже на дугорочној основи и има све функције независног учесника на тржишту. Сматраће се једном концентрацијом две или више трансакција између истих учесника на тржишту, извршених у временском периоду краћем од две године, при чему се као време њеног настанка узима дан извршења последње трансакције.

³⁷ Према Извештају секретаријата Конференције Уједињених нација о трговини и развоју из 2011. године, минимални износи годишњих прихода у члану 61 су сувише ниско опредељени. Видети: „Peer Review of Serbian Competition Law and Policy – Overview“, *United Nations Conference on Trade and Development, Report by the UNCTAD secretariat*, 2011, UNCTAD/DITC/CLP/2011/2, pp. 14. Упоредити са чланом 42 словеначког Закона и чланом 35 немачког Закона.

испитног поступка (члан 37), или закључак о спровођењу испитног поступка из члана 62 став 2 овог закона (испитивање концентрације по службеној дужности). Из наведеног проистиче да је друга фаза испитивања пријаве концентрације (у испитном поступку) законом уподобљена испитивању концентрације по службеној дужности. У том смислу, закључује се да је Комисија дужна да донесе решење по пријави концентрације (након спроведеног испитног поступка) у року од три месеца од дана доношења закључка о спровођењу испитног поступка, сходно члану 62 став 4 Закона. Тиме би укупан рок за окончање поступка испитивања концентрације износио четири месеца од дана подношења пријаве концентрације.

Међутим, наведена одредба о року од три месеца за доношење решења по пријави концентрације (рачунајући од дана доношења закључка о покретању испитног поступка) показује се као неприхватљива (и непримењива) у односу на одредбе члана 66 Закона, којима је предвиђено *условно одобрење концентрације*.³⁸ Имајући у виду да Комисија може утврдити да нема услова за одобрење концентрације тек *након* спроведеног испитног поступка, као и да је дужна да испитни поступак оконча решењем о пријави концентрације у року од три месеца – намеће се закључак да је тај рок *de facto* скраћен за најмање месец дана обавезама Комисије из члана 66 Закона (да достави обавештење подносиоцу пријаве о битним чињеницама и доказима и позове га да се изјасни у остављеном року; да сачека да истекне остављени рок за достављање изјашњења подносиоца пријаве; да размотри предложене посебне услове од стране подносиоца пријаве). Све ово указује да је потребно потпуније и јасније уредити наведена питања, како би испитни поступак пред Комисијом могао да добије свој прави суштински значај у оквиру домаће политике и права заштите конкуренције.³⁹

³⁸ Наиме, према одредби члана 66 став 1 Закона, ако Комисија утврди да нема услова за одобрење концентрације, обавестиће подносиоца пријаве о битним чињеницама, доказима и осталим елементима на којима ће засновати решење и позвати га да се изјасни у остављеном року. Подносилац пријаве може у изјашњењу предложити посебне услове које је спреман да прихвати са циљем да спровођење концентрације испуњава услове за одобрење (члан 66 став 2). Сходно члану 66 став 3 Закона, Комисија ће, имајући у виду предложене посебне услове, ако процени да су подобни за остваривање услова из члана 19 овог закона, донети решење којим одобрава концентрацију и одређује посебне услове и рокове за њихово извршавање, као и начин контроле извршавања услова (*условно одобрење*).

³⁹ У ограниченим условима (временским и институционалним) за спровођење испитног поступка, исти се своди на формалност, тачније, на одобравање пријављених концентрација (без обзира на њихов стваран ефекат на домаћем тржишту). То потврђује и напред поменути Извештај секретаријата Конференције Уједињених нација о трговини и развоју из 2011. године (види фус-ноту 37), где је на страни 10 наведено да до дана писања Извештаја ниједна концентрација није ефективно спречена одлуком Комисије, или одобрена уз значајније посебне услове одобрења. Као изузетак се помиње решење о спречавању концентрације супермаркета, које је укинута у судском поступку (у поновном поступку Комисија је донела исту одлуку).

Предлог аутора је да се у Закону предвиди одредба по угледу на члан 47(2) словеначког Закона о спречавању ограничавања конкуренције, којим је одређен застој рока за доношење закључка о покретању испитног поступка и рока за доношење решења по пријави концентрације, ако странка прекорачи остављени рок за достављање одговора по захтеву за достављање података. Такође, требало би, попут одредбе члана 51(5) словеначког Закона, прописати да достављање предлога странке за условно одобрење концентрације продужава наведене рокове за 15 (радних) дана.

Поред *решења о одобравању концентрације у скраћеном поступку* (без спровођења испитног поступка)⁴⁰ и *решења о условном одобрењу концентрације*,⁴¹ Комисија доноси и следеће врсте одлука по пријави концентрације: *закључак о одбацивању пријаве* (ако утврди да пријава не испуњава услове из члана 61 Закона),⁴² *решење о одобравању концентрације* (која испуњава услове из члана 19 Закона),⁴³ и *решење о забрани концентрације* (ако не испуњава исте услове).⁴⁴ Такође, одобрење концентрације може наступити и по сили закона, ако Комисија не донесе решење о одобрењу концентрације у року од месец дана (од дана подношења пријаве), односно, ако не донесе решење о одобрењу или забрани концентрације (или условном одобрењу концентрације) у року од три месеца од дана доношења закључка о спровођењу испитног поступка.⁴⁵

Комисија за заштиту конкуренције у поступку по пријави концентрације доноси и *решење о одређивању мере заштите конкуренције* (члан 68 став 1 тачка 3 и 4 Закона),⁴⁶ као и *решење о одређивању мере деконцентрације* (члан 67 Закона).⁴⁷

Овде треба приметити да је из Закона изостала веома битна одредба о посебним случајевима поништаја одлуке о одобравању или условном одобравању концентрације,

⁴⁰ Члан 37 у вези члана 65 став 1 Закона о заштити конкуренције.

⁴¹ Члан 66 Закона.

⁴² Члан 65 став 4 Закона.

⁴³ Члан 65 став 3 Закона.

⁴⁴ Исто.

⁴⁵ Члан 65 став 2 Закона.

⁴⁶ Мера заштите конкуренције се одређује у облику обавезе плаћања новчаног износа у висини највише 10% од укупног годишњег прихода, ако учесник у концентрацији: не изврши меру деконцентрације у смислу члана 59 и 67 Закона; спроведе концентрацију супротно обавези прекида у смислу члана 64 Закона, односно за коју није издато одобрење за спровођење концентрације у смислу члана 65 Закона.

⁴⁷ Мере деконцентрације су мере којима се учесницима у концентрацији налаже да изврше поделу привредног друштва, отуђе акције или уделе, раскину уговор или изврше друге радње у циљу успостављања стања пре спровођења концентрације. Ове мере се одређују ако Комисија утврди да је спроведена концентрација за коју није издато одобрење или нису извршени услови и обавезе у случају да је концентрација условно одобрена.

иако је иста предвиђена у законима других држава и праву ЕУ.⁴⁸ Ради се, наиме, о овлашћењу Комисије да, у прописаним роковима, може поништити претходно донету одлуку о одобрењу концентрације, и то у следећим случајевима: 1) ако је одлука о одобрењу заснована на непотпуним, нетачним или обмањујућим подацима достављеним од стране учесника у концентрацији; 2) ако се учесници условно одобрене концентрације не придржавају обавеза утврђених решењем о условном одобрењу (мада се у овом другом случају ефекат одлуке о поништају раније одлуке постиже решењем о одређивању мере деконцентрације, у складу са чланом 67 Закона).

Законом о заштити конкуренције из 2009. године изричито је прописан институт *накнаде штете*, као правно средство заштите физичких и правних лица којима је проузрокована штета актима и радњама повреде конкуренције у смислу овог закона, а која (повреда конкуренције) је утврђена решењем Комисије.⁴⁹ Захтеви за накнаду штете остварују се у парничном поступку пред надлежним судом (члан 73 став 2 Закона).

Оцена је аутора овог рада да је члан 73 о накнади штете начелног карактера, тачније, да су из законског текста изостале битне одредбе о условима (персоналним, процесним и материјалним) за остваривање наведеног права. Наиме, законом је требало уредити питање активне легитимације лица која могу поднети тужбу за накнаду штете, имајући у виду да се често у овој врсти спорова јављају удружења, односно организације потрошача. У том смислу, битно је нагласити да наш последњи Закон о парничном поступку (у примени од 01.02.2012. године) предвиђа нови институт *колективне тужбе* (која је особеност америчког процесног права), чиме (макар потенцијално) пружа боље услове за остваривање правне заштите потрошача, него што је то случај у другим, развијеним земљама западне Европе.⁵⁰

⁴⁸ Видети: члан 52 словеначког Закона; члан 40(3а) немачког Закона; члан 9(2) Уредбе ЕУ 1/2003 о примени правила о конкуренцији у члану 81 и 82 ЕЗ Уговора.

⁴⁹ Члан 73 став 1 Закона о заштити конкуренције.

⁵⁰ Енглески закон познаје институт репрезентативне тужбе, која не пружа исти обим заштите као колективна тужба у Сједињеним Америчким Државама. И поред тога, одредбом члана 47В енглеског Закона о заштити конкуренције (Competition Act 1998, CA98) дато је специјално право удружењима потрошача да подносе тужбу за накнаду штете због повреде конкуренције.

Немачки закон не познаје институт колективне тужбе, тако да једини правни механизам за (посредно) остваривање права потрошача на накнаду штете представља пренос појединачних права (цесија) уз накнаду на правна лица, која су препознала свој (финансијски) интерес у вођењу парница ове врсте (нпр. белгијска компанија „СДС“ – „Cartel Damages Claims“). Посебном одредбом члана 34а немачког Закона дато је право привредним коморама да подносе тужбу за накнаду штете због повреде конкуренције. Међутим, одлуком суда утврђена новчана обавеза на име накнаде штете уплаћује се на рачун буџета, а не у корист привредне коморе.

Поред персоналних, требало је уредити и процесна питања примене института накнаде штете због повреде конкуренције. Имајући у виду да је Законом изричито одређено да се парница може покренути ради накнаде штете *која је утврђена решењем Комисије*, јасно је да је искључена могућност покретања самосталне парнице (енг. „*stand-alone action*“), независно од административног (управног) поступка пред Комисијом за заштиту конкуренције.⁵¹ Управо из тог разлога, сматрамо да је у Закону требало предвидети застој рока застарелости за подношење тужбе за накнаду штете, и то у периоду трајања управног поступка пред Комисијом (који обухвата и период трајања управног спора пред Управним судом), као и извесни период по окончању тог поступка.⁵²

3. Примена прописа у циљу заштите националне, регионалне и глобалне конкурентности домаћих и страних привредних субјеката

Примена прописа о заштити конкуренције ограничена је оквирима персоналне и територијалне надлежности и зависна од институционалних капацитета надлежног органа примене, тј. Комисије за заштиту конкуренције.

3.1. Персонална примена права конкуренције

Персонална примена Закона о заштити конкуренције дефинисана је одредбама члана 3 овог закона. Тачније, одређено је да се Закон примењује на сва правна и физичка лица која непосредно или посредно, стално, повремено или једнократно учествују у промету робе, односно услуга, независно од њиховог правног статуса, облика својине или држављанства, односно државне припадности (у даљем тексту: *учесници на тржишту*), и то на:

- 1) домаћа и страна привредна друштва и предузетнике;
- 2) државне органе, органе територијалне аутономије и локалне самоуправе;

⁵¹ Таква могућност постоји у праву САД и представља битну одлику америчког система заштите конкуренције.

⁵² Видети: члан 62(3) словеначког Закона и члан 33(5) немачког Закона.

- 3) друга физичка и правна лица и облике удруживања учесника на тржишту (синдикати, удружења, спортске организације, установе, задруге, носиоци права интелектуалне својине и др);
- 4) јавна предузећа, привредна друштва, предузетнике и друге учеснике на тржишту, који обављају делатности од општег интереса, односно којима је актом надлежног државног органа додељен фискални монопол, осим уколико би примена овог закона спречила обављање тих делатности, односно обављање поверених послова.⁵³

Иако је наведена дефиниција субјеката у односу на које се Закон примењује у складу са европским правним стандардима у области заштите конкуренције,⁵⁴ она је значајно шира од дефиниције учесника на тржишту у законима других држава чланица ЕУ.⁵⁵ Сматрамо да су тиме неки субјекти, као и нарочито важни облици њиховог удруживања (нпр. пољопривредне задруге или удружења малих и средњих привредних субјеката) *беспотребно a priori изједначени у примени права са профитно*

⁵³ Персонална примена је нешто другачије опредељена у односу на Закон о заштити конкуренције из 2005. године. Тако је, на пример, изричито одређено да се Закон примењује и на страна правна лица која учествују на тржишту, а не само на предузетнике са пребивалиштем у иностранству (како је било прописано у члану 4 став 1 тачка 1 Закона). Такође, друкчије је формулисана одредба о примени Закона на предузећа, привредна друштва и предузетнике који обављају делатности од општег интереса. Наиме, одредба претходног Закона о начелном изузимању ове групе учесника на тржишту од примене Закона („... не примењује ... , ако би примена овог закона спречила обављање делатности од општег интереса, односно обављање поверених послова“) замењена је одредбом о начелној примени Закона на ту групу учесника на тржишту („Одредбе овог закона примењују се на . . . , осим уколико би примена овог закона спречила обављање тих делатности, односно обављање поверених послова“) – иако је, по оцени аутора овог рада, реч о одредбама са суштински истим ефектом.

⁵⁴ Споразум ЕЗ не садржи дефиницију појма „учесник на тржишту“ (енг. „*undertaking*“), већ је иста резултат праксе Европског суда. У складу са судским концептом учесника на тржишту, овај појам укључује све субјекте који учествују у промету робе и услуга, без обзира на правни статус субјекта или начин финансирања (Case C-41/90, *Hofner and Elser v. Macroton GmbH* (1991) ECR I-1979, (1993) 4 CMLR 306, para. 21); притом, без значаја је чињеница да субјект у промету није основан са циљем стицања профита, или са циљем обављања економске делатности (Case 96/82, *IAZ International Belgium SA v. Commission* (1983) ECR 3369, (1984) 3 CMLR 276; Case 155/73, *Italy v. Sacchi* (1974) ECR 409, (1974) 2 CMLR 177). Основно питање приликом одређења да ли неки субјект подлеже примени права о заштити конкуренције, јесте да ли учествује у активности која је економске природе, односно, која укључује понуду робе или услуга на тржишту (Case C-475/99, *Ambulanz Glochner v. Landkreis Sudwestpfalz* (2001) ECR 8089, (2002) 4 CMLR 726, Jacobs AG, para. 19), а коју би, макар принципијелно, могао да обавља приватни учесник на тржишту са циљем стицања профита (Case C-67/96, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* (1999) ECR I-5751, (2000) 4 CMLR 446, Jacobs AG, para. 311) – наведено према: Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law – Texts, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2004, pp. 107.

⁵⁵ На пример, према одредби члана 3 тачка 1 словеначког Закона о спречавању ограничавања конкуренције, *учесник на тржишту* је дефинисан као „*сваки субјект који учествује у економској активности, без обзира на његову правну или организациону форму или својински статус*“, као и „*удружење учесника на тржишту које није непосредно укључено у економску активност, али утиче или може утицати на понашање учесника на тржишту*“.

оријентисаним привредним субјектима, који привредну делатност обављају на трајној основи. У том смислу, указујемо на пример немачког Закона против ограничавања конкуренције, који уопште не садржи дефиницију учесника на тржишту (енг. „*undertaking*“). Овај пропуст није случајан, имајући у виду чињеницу да немачки Закон уважава потребу за *a priori* изузимањем од примене одређене врсте учесника на тржишту. Реч је о малим и средњим привредним субјектима,⁵⁶ пољопривредним произвођачима (и њиховим удружењима и савезима),⁵⁷ као и о концентрацијама од националног значаја (за економију или јавни интерес).⁵⁸

Имајући у виду разлике у економској снази и индустријском развоју Србије и Немачке, сматрамо да је домаћи законодавац показао знатно рестриктивнији приступ приликом дефинисања обима персоналне примене права од оног који је оптималан садашњим условима конкурентности домаће привреде.

С тим у вези, указујемо на могуће последице које са собом носи опасност од формалистичког приступа Комисије за заштите конкуренције у примени Закона о заштити конкуренције у односу на оне субјекте и облике удруживања који представљају значајну покретачку снагу домаћих привредних потенцијала. Тако, на пример, очигледан недостатак Закона о заштити конкуренције уочава се већ у одредби члана 3 тачка 3 Закона, у којој су као *a priori* субјекти примене означена и она физичка и правна лица и њихови облици удруживања који су, упоредно посматрано, изузети од примене права конкуренције (осим у погледу споразума и одлука удружења којима се

⁵⁶ Одредбама члана 3 немачког Закона против ограничавања конкуренције од примене Закона су изузети картели (споразуми) између малих и средњих привредних субјеката, који за предмет имају рационализацију економских активности чланова путем заједничке кооперације (сарадње), уколико: 1) немају значајан утицај на конкуренцију на тржишту и 2) споразум или одлука (удружења) у питању служе унапређењу конкурентности малих и средњих привредних субјеката.

⁵⁷ Сходно члану 28 став 1 немачког Закона, одредбе члана 1 Закона (о забрани споразума и одлука удружења) не примењују се на споразуме између пољопривредних произвођача, као ни на одлуке удружења пољопривредних произвођача и савеза тих удружења, који имају за предмет, односно циљ: 1) производњу или продају пољопривредних производа, или 2) употребу заједничких објеката за чување, обраду или прераду пољопривредних производа, под условом да се њима не одређују цене и не искључује конкуренција. Притом, појам *пољопривредни произвођач* укључује и субјекте који се баве узгојем биљних и животињских врста, као и друге субјекте који послују на истом нивоу производно-прерађивачког ланца. Према ставу 2 истог члана, забрана споразума и одлука удружења из члана 1 не примењује се на вертикалне споразуме о препродајној цени који се односе на сортирање, обележавање и паковање пољопривредних производа.

⁵⁸ У складу са одредбама члана 42 немачког Закона, постоји могућност да Савезно министарство економије и технологије одобри концентрацију коју је немачки *Bundeskartellamt* забранио у поступку испитивања пријављене концентрације. Поступак ванредног одобрења концентрације се не покреће по службеној дужности, већ по пријави учесника концентрације, која се подноси Министарству у року од месец дана од дана пријема решења *Bundeskartellamt-a*. Услови за ово, накнадно одобрење су: 1) да се од концентрације могу очекивати значајне користи за економију у целини, које премашују негативне ефекте на конкуренцију; или 2) да одобравање концентрације оправдава преовлађујући јавни интерес.

одређују цене производа или искључује конкуренција на тржишту). Ради се о задругама, предузетницима, синдикатима и носиоцима права интелектуалне својине, као субјектима који су основни носиоци следећих процеса: јачања, стабилности и самосталности пољопривредних газдинстава и унапређења пољопривреде (пољопривредни произвођачи и пољопривредне задруге), јачања предузетништва (приватни предузетници и њихова удружења), организоване економске, социјалне и правне заштите запослених (синдикати) и правно-институционалне подршке инвестицијама у технички и технолошки развој (носиоци права интелектуалне својине).

Став је аутора овог рада да наведени субјекти и њихова удружења треба да буду изузети од примене Закона о заштити конкуренције (осим у случају споразума и одлука о одређивању цене и подели тржишта). Услове за примену правила о заштити конкуренције на изузете субјекте требало би одредити посебним актима Комисије за заштиту конкуренције (упутствима, односно смерницама).

Имајући у виду стратешки економски интерес Србије у области пољопривреде, сматрамо да би правни и економски положај пољопривредних произвођача и њихових облика удруживања (задруге) требало прилагодити принципима заједничке пољопривредне политике Европске уније (која је у значајној мери протекционистичка и изузета од примене правила о конкуренцији). У том смислу, посебно указујемо на документ европске Комисије под називом „*Како ЕУ политика конкуренције помаже произвођачима млека и млечних производа у Европи*“, чији су принципи, према нашој оцени, применљиви на све пољопривредне произвођаче и њихова удружења.⁵⁹

Прегледом досадашњих одлука Комисије за заштиту конкуренције на неке облике удруживања,⁶⁰ могу се, према аутору овог рада, уочити формализам и одсуство критичности и свестране анализе тржишта. Ради се о одлукама Комисије којим су оглашени *нитшавим*: Одлука о примени јединствене цене такси услуга од 28.11.2006. године о престанку важења свих облика попушта које су такси возачи примењивали на територији града Београда (одлука одређеног броја привредних друштава и такси удружења) и Одлука Управног одбора Ветеринарске коморе Србије од 21.03.2008. године под називом Ценовник минималних цена ветеринарских услуга са важношћу од 01.05.2008. године. Притом, аутор наведену примедбу не исказује у односу на

⁵⁹ European Commission, „How EU Competition Policy Helps Dairy Farmers in Europe“, (Information as of 16/02/2010).

⁶⁰ Преглед одлука на сајту Комисије до новембра 2012. године.

исправност крајње одлуке Комисије (у чију оцену не улази), већ у односу на одсуство јасних и довољних аргумената у образложењу одлука, имајући у виду да је реч о специфичним услужним секторима.

На специфичност услуга у области такси превоза и здравствене заштите животиња (ветеринарске услуге), као разлога за потпуно или делимично изузимање од примене права конкуренције, сасвим јасно указују документи неких међународних организација.⁶¹ Према резултатима истраживања, приказаним у овим документима, ради се о услугама у којима оптимални ниво квантитета и квалитета понуде (такси превоз), као и оптимални ниво задовољења превентивних и других мера здравствене заштите од општег (јавног) интереса (ветеринарске услуге) налажу примену *контролисане (регулисане) цене услуге (уместо тржишне цене)*.

Очигледно је, међутим, из образложења наведених одлука Комисије да чланови Савета нису користили резултате предметних истраживања, јер изнети разлози указују на површан и формалистички приступ у примени Закона о заштити конкуренције. На то јасно упућују разлози одбијања приговора Ветеринарске коморе Србије (страна 7. Одлуке Комисије): *„Изнето потврђује да је ВКС погрешно сматрала да се Закон не примењује на предузећа, привредна друштва и предузетнике, који обављају делатност од општег интереса. У члану 2. Закона о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса („Службени гласник РС“, 25/2000, 25/2002, 107/2005, 108/2005 и 123/2007) набројане су све делатности од општег интереса, међу којима није ветеринарска делатност. Није исправно ни становиште које је током поступка заступала ВКС и њен пуномоћник а које се односи на то да се Ценовником спречава нелојална конкуренција на тржишту, унапређује ветеринарска делатност и квалитет услуга, што има за циљ увођење реда у ветеринарску делатност и заштиту корисника ветеринарских услуга. Нелојална конкуренција је дефинисана као вид нарушавања конкуренције у смислу Закона о трговини („Службени гласник РС“, број 85/05, 101/05). Чланом 11. Закона о трговини прописано је да се нарушавањем конкуренције у смислу тог Закона сматрају радње и акти нелојалне конкуренције, шпекулације и ограничавање јединственог тржишта. . . . Имајући у виду наведене законске одредбе које регулишу радње и акте нелојалне конкуренције, Комисија је утврдила да не*

⁶¹ Видети, на пример, следећа документа: Organisation for Economic Co-operation and Development, „Taxi Services Regulation and Competition“, DAF/COMP(2007)42, 11 Sept, 2008; The World Bank, „Animal Health Services: Finding the Balance Between Public and Private Delivery“, *The World Bank Research Observer*, vol. 1, no. 1 (January 1994), pp. 71-96.

постоји никаква веза између спорног ценовника и радњи и аката који се могу подвести под нелојалну конкуренцију, тако да се не прихвата став да се спорним ценовником спречава нелојална конкуренција. . . . Коначно, Комисија је разматрала и закључак у поменутом допису ВКС да надзор над радом Коморе врши Министарство пољопривреде, шумарства и водопривреде и утврдила да је исти тачан али само у погледу примене Закона о ветеринарству . . . и то у погледу утврђивања висине чланарине и накнаде за издавање лиценци коју Комора утврђује.“⁶²

Образложење не садржи анализу врсте ветеринарских услуга које су обухваћене поништенком Одлуком Ветеринарске коморе Србије, као ни анализу структуре тржишта ветеринарских услуга у целини и на појединим географским подручјима. С обзиром на те пропусте, изостала је оцена Комисије да овај услужни сектор није (и не треба да буде) потпуно приватизован, тачније, да је неопходно јавно финансирање дела сектора, како би се на оптималном нивоу квалитета и цене услуге обезбедила превентивна здравствена заштита животиња и други облици заштите за чије обављање (због одсуства профитабилности) нису заинтересоване приватне ветеринарске станице и амбуланте. То упућује и на потребу регулације висине цена појединих услуга, и то *минималних* цена одређених услуга, како би се отклониле сумње у неконкурентску предност јавних установа, али и обезбедио оптимални ниво здравствене заштите у географски изолованим руралним срединама (или срединама са малобројним сточним стадима). Такође, постоји и потреба за регулацијом *максималних* цена одређених услуга, чиме би се спречило стицање монополског профита ветеринарских установа које имају доминантни положај у неким географским срединама.

Сектор ветеринарских услуга је, дакле, специфичан сектор у односу на који треба да важе посебне одредбе о регулацији (уместо о конкуренцији), чију оправданост и примену контролише надлежно Министарство. Предлог мера и цена појединачних услуга даје (*de lege ferenda*) Ветеринарска комора Србије, као струковно удружење, при чему надлежно Министарство даје (*de lege ferenda*) сагласност на предложене мере и цене и контролише њихову примену. Поједине ветеринарске услуге су искључиво општег, односно јавног карактера (нпр. епидемиолошке услуге, тј. услуге праћења појавних облика болести и њиховог тока), док су друге врсте услуга мешовитог карактера (могу представљати истовремену заштиту и приватног и јавног добра).

⁶² Решење Комисије за заштиту конкуренције број: 4/0-01-293/08-11 од 21.11.2008. године, стр. 7-8.

Притом, ниво индустријског развоја државе није без значаја на карактер неких општих ветеринарских услуга, као што су услуге клиничке интервенције. Ове услуге се у развијеним државама задовољавају искључиво у приватном сектору, док у земљама у развоју и неразвијеним земљама исказују потребу за учешћем (интервенцијом) јавног сектора на тржишту.⁶³ У мери у којој се одређене врсте ветеринарских услуга обављају искључиво у приватном сектору, или постоји конкуренција приватног и јавног сектора (у оквирима минималне и максималне цене услуга) – има места заштити конкуренције применом општих одредби Закона о заштити конкуренције.⁶⁴

Наведене одлуке Комисије за заштиту конкуренције показују велики потенцијал *позитивног или негативног* утицаја (у зависности од стручности чланова Савета и запослених у стручним службама) на развој и конкурентност домаће привреде. Приказани случај испитивања одлуке струковног удружења у области ветеринарских услуга, потврђује да надлежност и овлашћења Комисије представљају снажан инструмент утицаја на структуру и динамику домаћег тржишта. У том смислу, може се поставити питање: Да ли је једна таква институција примерена држави у којој не постоји традиција примене права конкуренције, нити довољно искусних кадрова који би то право могли да примењују на начин који *доприноси, уместо да одмаже* позитивним привредним подстицајима и јачању националне конкурентности?

3.2. Територијална примена права конкуренције

Територијална примена Закона о заштити конкуренције одређена је у члану 2: *„Одредбе овог закона примењују се на акте и радње учињене на територији Републике Србије, односно на акте и радње учињене ван њене територије који утичу или би могли утицати на конкуренцију на територији Републике Србије.“* Наведеном одредбом је промењена недовољно јасна одредба члана 3 претходног Закона о заштити

⁶³ Видети: The World Bank, „Animal Health Services: Finding the Balance Between Public and Private Delivery“, *The World Bank Research Observer*, vol. 1, no. 1 (January 1994), pp. 86-88.

⁶⁴ Став да се један исти субјект, у зависности од врсте активности (делатности) коју обавља, може једним делом сматрати учесником на тржишту (у смислу права конкуренције), а другим делом бити потпуно изван домаћа правила о конкуренцији – потврђен је пред Европским судом у случају *Case C-475/99, Ambulanz Glockner v. Landkreis Sudwestpfalz* (2001) ECR 8089, (2002) 4 CMLR 726, Jacobs AG, para. 72: *„The notion of undertaking is a relative concept in the sense that a given entity might be regarded as an undertaking for one part of its activities while the rest fall outside the competition rules.“* – Наведено према: Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law – Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2004, pp. 107.

конкуренције из 2005. године. Критеријум примене домаћег права и надлежности Комисије за заштиту конкуренције *није место (територија) на којој је предузет акт или радња* која доводи до повреде конкуренције, већ чињеница да се *ефекти (последице) предузетог акта или радње остварују на територији Републике Србије, без обзира на то где су предузети (у иностранству или на домаћој територији)*. Оваква дефиниција територијалне примене прописа је производ америчке доктрине ефеката (енг. „*effects doctrine*“), којом је оправдана експанзија америчке политике конкуренције и јурисдикције америчких судова на акте и радње предузете у иностранству. На данашњем нивоу развоја и организације међународног тржишта, она представља готово универзални критеријум за одређивање меродавног права и међународне надлежности органа за заштиту конкуренције.

Примена Закона о заштити конкуренције на акте и радње предузете у иностранству долази у обзир, нарочито, код увозних, извозних и међународних картела, као и код концентрација између страних привредних субјеката са значајним уделом на релевантном тржишту производа у Републици Србији. Преглед до сада донетих одлука Комисије по пријавама концентрације страних субјеката показује изузетно велики број одобрених концентрација у скраћеном поступку (без спровођења испитног поступка у циљу потпуније анализе структуре и динамике тржишта и ефеката концентрације).

Имајући у виду да стање домаће привреде указује на низак степен развоја производног сектора, неконкурентност домаћих производа и увозну зависност привреде у целини, сматрамо да постоји потреба за активнијим и опрезнијим приступом анализи ефеката страних концентрација на домаћем тржишту. Посебно опрезан став треба имати код малопродајних ланаца у страном власништву, као и у случају вертикалне интеграције страних произвођача и дистрибутера, имајући у виду да доминантни положај једног или неколико таквих субјеката могу произвести ефекат затварања тржишта за нове конкуренте и истискивања малих и средњих привредних субјеката са релевантног тржишта.

Поред тога, одсуство значајне конкуренције произвођача на домаћем тржишту погодује страним произвођачима који путем концентрације повећавају свој удео на домаћем тржишту, чиме се стварају повољни услови за стицање доминантног положаја и његову злоупотребу. Ово, посебно, када је реч о мултинационалним компанијама које наше тржиште користе за продају производа познатог робног знака (жиг, бренд), који

су превазиђени или су из других разлога (безбедносних, здравствених, еколошких, технолошких и слично) без тражње у индустријски развијеним земљама.

Увозна зависност домаће привреде носи опасност ограничавања конкуренције у спољнотрговинској размени путем извозних и увозних картела. Нарочито су штетни *извозни* картели између мултинационалних компанија у оквиру којих се одређује извозна цена производа или врши подела тржишта. Они представљају инструмент злоупотребе доминације на неконкурентним тржиштима недовољно развијених држава и држава у транзицији. У том смислу, *увозни* картели могу представљати значајно средство спречавања изнуде страних компанија (у погледу цене производа и неправичних услова пословања). С друге стране, увозни картели стварају погодне услове за споразумно одређивање цене производа на домаћем тржишту, а тиме и за преливање потрошачког вишка у монополски профит трговаца. Поред тога, они спречавају конкуренцију на домаћем тржишту и имају значајан потенцијал за погодновање корупцији.

Није искључена ни повезаност страних извозника и домаћих увозника, у ком случају можемо говорити о *међународним картелима*. Ова врста картела представља *највећу опасност* по установљени систем међународне трговине у оквирима Светске трговинске организације, јер поништава позитивне ефекте либерализације тржишта, настале укидањем или значајним ограничавањем државних протекционистичких мера.

Интерес међународне заједнице за сарадњу у спречавању међународних картела препознатљив је и несумњив када су у питању хоризонтални споразуми између мултинационалних компанија о цени и подели тржишта или извора набавки. Такав интерес, међутим, није присутан у истој мери када је реч о вертикалним споразумима између произвођача или њихових вертикално интегрисаних извозних компанија, с једне стране, и увозника држава у развоју и у транзицији, с друге стране. У том смислу, постоји потреба за активном анализом кретања цена на релевантном тржишту са значајним или доминантним уделом увозних производа, али и структуре и динамике тог тржишта (сталност структуре тржишта и учесника на тржишту на страни понуде и тражње, величина њиховог удела, однос увозне цене производа и увозне цене истих производа на сличним, упоредивим тржиштима у иностранству, итд).

Активно деловање Комисије за заштиту конкуренције треба да спречи доминацију страних произвођача и појавне облике злоупотребе те доминације, као и последице међународних картела на домаћем тржишту. У том смислу, њене активности

представљају предуслов јачања конкурентности нације у систему међународних привредних односа. Истовремено, треба да допринесу јачању регионалне и глобалне конкурентности домаћих и страних привредних субјеката који послују на територији Републике Србије, применом принципа недискриминације и транспарентности у поступцима испитивања повреде конкуренције. Улога Комисије у том процесу зависи, пре свега, од њених институционалних (кадровских и организационих) капацитета, али и од квалитета и интензитета активности које предузима у оквиру Међународне мреже конкуренције (енг. *International Competition Network*) и билатералне сарадње са надлежним органима за заштиту конкуренције у другим државама.⁶⁵

3.3. Институционални оквир примене прописа

Комисија за заштиту конкуренције је самостална и независна организација са статусом правног лица, која врши јавна овлашћења у складу са Законом о заштити конкуренције.⁶⁶ Надлежности Комисије су прописане у члану 21 Закона, од којих, осим већ наведених овлашћења да решава о правима и обавезама учесника на тржишту и одређује управне мере у складу са законом, помињемо и њена овлашћења да: учествује у изради прописа који се доносе у области заштите конкуренције; предлаже Влади доношење прописа за спровођење овог закона; доноси упутства и смернице за спровођење закона; прати и анализира услове конкуренције на појединачним тржиштима и у појединачним секторима; даје мишљење надлежним органима на предлоге прописа, као и на важеће прописе који имају утицај на конкуренцију на тржишту; даје мишљења у вези са применом прописа из области заштите конкуренције; остварује међународну сарадњу у области заштите конкуренције, ради извршавања међународних обавеза у овој области и прикупља информације о заштити конкуренције у другим државама.⁶⁷

⁶⁵ О активностима Комисије у оквиру међународне сарадње (са Европском унијом, УН Конференцијом за међународну трговину и развој, Међународном мрежом за конкуренцију, другим међународним организацијама), као и у области билатералних односа о сарадњи са органима за заштиту конкуренције држава у региону – видети: *Годишњи извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције за 2011. годину*, Београд, фебруар 2012, стр. 72-77, и сајт Комисије www.kzk.gov.rs.

⁶⁶ Закон о заштити конкуренције („Сл. гласник РС“, бр. 51/2009), члан 20 став 1-2.

⁶⁷ Члан 21 став 1 тачка 1-9 Закона о заштити конкуренције.

Органи Комисије су Савет Комисије и председник Комисије.⁶⁸ Савет Комисије доноси све одлуке и акте о питањима из надлежности Комисије (члан 22 став 2) већином гласова од укупног броја чланова (члан 25 став 1), а чине га председник Комисије и четири члана (став 3). Председник Комисије представља и заступа Комисију, доноси одлуке, односно обавља друге послове у складу са законом и Статутом (члан 22 став 4).

Независност Комисије за заштиту конкуренције требало би да проистиче из објективног и транспарентног поступка избора председника Комисије и чланова Савета, као и начина финансирања њеног рада. Услови и начин избора председника и чланова Савета предвиђени су у члану 23 Закона о заштити конкуренције – бира их и разрешава Народна скупштина на предлог надлежног одбора за послове трговине, и то међу кандидатима по јавном конкурс који оглашава председник Народне скупштине најкасније три месеца пре истека мандата председника Комисије и чланова Савета. Сходно члану 24 став 1 Закона, мандат председника Комисије и чланова Савета траје пет година, а постоји и могућност поновног избора.

Рад Комисије се финансира из сопствених прихода (прихода које оствари Комисија обављањем послова), а нарочито из: 1) накнада које се плаћају у складу са Законом о заштити конкуренције; 2) донација, осим донација учесника на тржишту на које се примењује Закон; 3) прихода од продаје публикација Комисије; и 4) других извора у складу са законом.⁶⁹

У поступку испитивања повреде конкуренције одређује се извештач из реда чланова Савета, који у сарадњи са службеним лицем одређеним за вођење поступка припрема предлог одлуке и извештава Савет о разлозима и свим битним чињеницама и околностима случаја.⁷⁰

Стручна служба Комисије обавља послове из надлежности Комисије у складу са Законом о заштити конкуренције, Статутом и другим актима Комисије.⁷¹ Сходно члану 23 став 1 Статута Комисије за заштиту конкуренције („Сл. гласник РС“, бр. 49/2010), Стручна служба обавља стручне, административне, материјално-финансијске, правно-

⁶⁸ Члан 22 став 1 Закона о заштити конкуренције.

⁶⁹ Члан 31 став 1 Закона о заштити конкуренције.

⁷⁰ Члан 25 став 2 Закона о заштити конкуренције.

⁷¹ Члан 26 став 1 Закона о заштити конкуренције.

кадровске и опште послове. У извршавању својих послова Комисија образује унутрашње организационе јединице и то: секторе, одељења или службе.⁷²

Према подацима Годишњег извештаја Комисије о раду за 2011. годину и приказу организационе шеме на сајту Комисије, Стручна служба Комисије организована је у седам сектора и то: Сектор за испитивање концентрација, Сектор за утврђивање повреда конкуренције, Сектор за међународну и домаћу сарадњу, Сектор за правне послове, Сектор за економске анализе, Сектор за материјално-финансијске послове и Сектор за нормативно-правне, кадровске и опште послове.⁷³ Стручна служба Комисије има укупно 31 запосленог у сталном радном односу, при чему на пословима основног делокруга рада Комисије (рад на предметима) ради свега 20 запослених.⁷⁴ Став је Комисије да овај број не задовољава потребе за оптималним административним капацитетом институције,⁷⁵ што је (на основу упоредне анализе) потврђено и у Извештају УН Комисије за трговину и развој из 2011. године.⁷⁶

4. Усклађеност домаћих прописа са правом ЕУ

Одредбом члана 72 став 1 Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, потврђено је да стране признају важност усклађивања важећег српског законодавства са законодавством Заједнице и његове делотворне примене. Предвиђено је да ће Србија настојати да обезбеди постепено усклађивање постојећих закона и будућег законодавства са правним тековинама Заједнице, као и да важеће и будуће законодавство буде правилно примењено и спроведено.⁷⁷ Сходно одредби става 2 истог члана, усклађивање ће започети на дан потписивања Споразума и постепено ће се

⁷² Члан 26 став 1 Статута Комисије за заштиту конкуренције.

⁷³ Видети: *Годишњи извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције за 2011. годину*, Београд, фебруар 2012, стр. 8; *Организациона шема Комисије за заштиту конкуренције* на сајту Комисије: www.kzk.gov.rs.

⁷⁴ *Ibid*, *Годишњи извештај*, стр. 9.

⁷⁵ *Ibid*, стр. 8-9.

⁷⁶ „Peer Review of Serbian Competition Law and Policy – Overview“, *United Nations Conference on Trade and Development, Report by the UNCTAD secretariat*, 2011, UNCTAD/DITC/CLP/2011/2, pp. 19.

⁷⁷ Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране („Сл. гласник РС – Међународни уговори“, бр. 83/2008), Наслов VI „Усклађивање прописа, примена права и правила конкуренције“, члан 72 став 1.

проширивати на све елементе правних тековина Заједнице на које упућује овај споразум до краја прелазног периода утврђеног у члану 8 Споразума.

Материјално-правни оквир права конкуренције у Србији одређен је у самом Споразуму о стабилизацији и придруживању, а у складу са одредбама члана 81, 82, 86 и 87 Уговора о ЕЗ ⁷⁸ и уз примену инструмената њиховог тумачења које су усвојиле институције Заједнице. ⁷⁹

Процес усклађивања законодавства Србије са правом ЕУ у области заштите конкуренције започео је пре потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању, усвајањем првог Закона о заштити конкуренције 2005. године. У оквиру претходних излагања у овом делу рада изложили смо неке битне недоследности и недостатке сада важећег Закона о заштити конкуренције из 2009. године, као што су: преопширно и сувише рестриктивно дефинисање појма *учесник на тржишту* у вези са персоналном применом закона; одсуство могућности да странка, у поступку испитивања ефеката рестриктивног споразума или једностраних аката субјеката са доминантним положајем, понуди Комисији *преузимање одређених обавеза односно услова* (енг. *commitments*), којима би се на ефикасан начин отклониле сумње у опасност повреде конкуренције (избегавањем скупог и напорног испитног поступка, који подразумева прикупљање доказа и економску анализу тржишних учесника); одсуство потпуних одредби о *заштити пословне тајне и пословних података* који чине саставни део доказног материјала прикупљеног у испитном поступку пред Комисијом; одсуство одредбе о овлашћењу Комисије да изриче *пенале* учесницима у поступку који спречавају или на други начин ометају службена лица Комисије у вршењу *увиђаја*; одсуство овлашћења Комисије да *поништи* раније донету одлуку о одобравању концентрације; непостојање јасних и разумних *оквира испитивања концентрација јасним временским разграничењем појединих фаза тог поступка*; одсуство потпуних одредби о новом институту *накнаде штете* причињене повредом конкуренције, и тако даље.

⁷⁸ Одредбама члана 73 став 1 Споразума предвиђено је: „Следеће није у складу са правилним функционисањем Споразума у мери у којој може утицати на трговину између Заједнице и Србије: 1) споразуми између предузећа, одлуке удружења предузећа и усаглашена пракса између предузећа, чији је циљ или последица спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције; 2) злоупотреба доминантног положаја од стране једног или више предузећа на територијама Заједнице или Србије, у целини или њиховом значајном делу; 3) свака државна помоћ која нарушава или прети да наруши конкуренцију давањем предности одређеним предузећима или одређеним производима.“

⁷⁹ Члан 73 став 2 Споразума: „Свако поступање супротно овом члану оцењиваће се на основу критеријума који проистичу из примене правила конкуренције која се примењују у Заједници, нарочито из чланова 81, 82, 86 и 87. Уговора о ЕЗ и инструмената тумачења које су усвојиле институције Заједнице.“

Усаглашавање домаћег законодавства са правом Европске уније представља континуиран процес, који осим доношења закона подразумева и одређени период прилагођавања и усвајања јасних и предвидивих критеријума његове примене. У том смислу, неопходно је стално указивање на оне законске одредбе и примере из праксе Комисије за заштиту конкуренције који нису у потпуности усаглашени са правом ЕУ, или није примењена права мера усклађивања и примене закона (имајући у виду посебне потребе Републике Србије, као државе у транзицији). Тематске и просторне границе овог рада не дозвољавају потпуну упоредну анализу европског и српског права конкуренције, која би поред примарних и секундарних правних аката, обухватила и сва упутства и смернице надлежних органа за заштиту конкуренције, као и судску праксу. Због тога ћемо се овде ограничити само на оне примере неусаглашености који су, по оцени аутора, најзначајнији, уздржавањем од сувишног понављања недостатака који су поменути и објашњени у оквиру претходних наслова овог дела рада.

Релевантно тржиште је један од кључних појмова права заштите конкуренције, а његово правилно одређивање битан је предуслов за израчунавање тржишног удела учесника у споразуму или концентрацији, као и за оцену постојања доминантног положаја учесника на тржишту. Појам релевантног тржишта је у српском законодавству опредељен у Закону о заштити конкуренције („Сл. гласник РС“, бр. 51/2009) и Уредби о критеријумима за одређивање релевантног тржишта („Сл. гласник РС“, бр. 89/2009).⁸⁰ С друге стране, критеријуми за одређивање релевантног тржишта у праву ЕУ садржани су у Обавештењу Комисије од 09.12.1997. године.⁸¹

Упоређивањем садржине наведених нормативних аката, може се закључити да између њих нема потпуне подударности, што указује на већа или мања одступања домаћих прописа у односу на европске. Иако усвојене дефиниције релевантног тржишта производа и географског тржишта у Закону о заштити конкуренције и Уредби у потпуности одговарају дефиницијама у Обавештењу европске Комисије, одступање домаћег законодавца постоји у делу одредаба члана 3 Уредбе, које се односе на процену могућности *супституције тражње*, као најважнијег критеријума за одређивање релевантног тржишта производа. За разлику од претходне Уредбе о

⁸⁰ Члан 6 Закона о заштити конкуренције; члан 1, 2 и 5 Уредбе о критеријумима за одређивање релевантног тржишта.

⁸¹ Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, 97/C 372/03, 9.12.1997.

критеријумима за утврђивање релевантног тржишта („Сл. гласник РС“, бр. 94/2005),⁸² нова Уредба не садржи одредбе о примени *теста претпостављеног монополског повећања цена*. Овим је одступљено од европског стандарда у процени могућности супституције тражње применом теста претпостављеног монополисте (енг. *SSNIP-test: Small-but-Significant-Non-transitory-Increase-in Price*).⁸³

С друге стране, према одредби члана 2 став 1 претходне Уредбе из 2005. године, тест претпостављеног монополског повећања цена је имао својство обавезног критеријума за утврђивање релевантног тржишта.⁸⁴ Пропуштање Комисије за заштиту конкуренције да овај тест примени приликом утврђивања релевантног тржишта представљало је повреду материјалног права, а тиме и разлог за поништај решења Комисије.⁸⁵

Сматрамо да овај тест није требало изостављати приликом доношења нове Уредбе о критеријумима за одређивање релевантног тржишта, имајући у виду да је реч о *општем стандарду* у примени права заштите конкуренције, својственим свим правним системима (англо-саксонским и континентално-европским). Истовремено, требало је *обавезност* примене теста (члан 2 став 1 претходне Уредбе) заменити *правилом* о примени, уз додавање одредаба о *изузетцима* од правила, у складу са одредбама тачке 26-27, 56 и 57-58 Обавештења европске Комисије о дефиницији релевантног тржишта. Наиме, наведеним европским актом предвиђена је могућност одступања од примене теста претпостављеног монополисте, нарочито у следећим ситуацијама: када производ учесника у споразуму или концентрацији има свега неколико могућих супститута, при чему је укључивање једног од супститута довољно

⁸² Члан 2 Уредбе о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта („Сл. гласник РС“, бр. 94/2005), став 2: „Тест претпостављеног монополског повећања цена састоји се у утврђивању најужег тржишта за одређену робу или услугу на којем би претпостављени монополиста могао профитабилно да примени мало, али значајно и трајније повећање цена.“

⁸³ *Commission Notice*, f.n. 81, ad 15-19.

⁸⁴ Члан 2 став 1 Уредбе о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта („Сл. гласник РС“, бр. 94/2005): „Релевантно тржиште утврђује се применом теста малог, али значајног и трајнијег повећања цена од стране претпостављеног монополисте.“

⁸⁵ Такав случај је забележен у предмету испитивања повреде конкуренције на тржишту откупа сировог млека злоупотребом доминантног положаја компанија „Имлек“ и „Млекара Суботица“ (чланица „Danube Foods“ групе). Наиме, Врховни касациони суд је поништио решење Савета Комисије за заштиту конкуренције којим је утврђена злоупотреба доминантног положаја, јер Комисија није спровела тест претпостављеног монополског повећања цена. Тачније, утврдила је релевантно тржиште „ограничавајући га једним административним обележјем као тржиште премираног млека и на тај начин повредила право подносилаца захтева на правично суђење будући да је оспореним решењем повређен закон на штету тужилаца.“ Извор: „Paragraf Net“, *Vesti*, 22.8.2012 (преузето од: *Тајуг, Бизлајф*, 13.8.2012).

да отклони све сумње у опасност од повреде конкуренције (тачка 26-27); када постоји потреба заједничког сагледавања примарног и секундарног тржишта компатибилних производа, у ком случају се тржиште секундарних производа не мора утврђивати применом теста претпостављеног монополисте (тачка 56); у случају постојања тзв. ланца супституције, када постоји преклапање посебних географских тржишта, или посредна заменљивост производа (тачка 57-58).⁸⁶

Осим теста претпостављеног монополисте, Уредба не садржи ни битне одредбе о начину израчунавања тржишног удела учесника на релевантном тржишту, у смислу одредби тачке 53-55 Обавештења европске Комисије о дефиницији релевантног тржишта.⁸⁷

Посебно значајно одступање Закона о заштити конкуренције од европских правила односи се на одсуство могућности учесника у поступку испитивања повреде конкуренције да понуде *преузимање одређених обавеза, односно услова (енг. commitments)*, чија би примена отклонила сумње у рестриктивност споразума или пословне активности доминантног учесника на тржишту. Сматрамо да је у поступку израде нацрта закона требало сагледати и уважити позитивне ефекте овог начина окончања испитног поступка пред Комисијом за заштиту конкуренције.⁸⁸ У том смислу, указујемо на одредбе члана 9 Уредбе ЕУ 1/2003 о примени правила о конкуренцији у члану 81 и 82 Уговора ЕЗ, као и на њима засноване одредбе члана 39 словеначког Закона и члана 32b немачког Закона. Сходно одредбама члана 9 Уредбе ЕУ, у случајевима када Комисија намерава да донесе одлуку којом утврђује повреду

⁸⁶ Имајући у виду могуће одступање од примене теста претпостављеног монополисте према одредбама тачке 26-27 Обавештења европске Комисије, чини се да је одлука Врховног касационог суда о укидању решења Комисије за заштиту конкуренције (у предмету испитивања злоупотребе доминантног положаја чланица „Danube Foods Group“ на тржишту откупа сировог млека) једнострана и погрешна, тачније, да није у складу са инструментима тумачења правила конкуренције које су усвојиле институције Заједнице (у смислу члана 73 Споразума о стабилизацији и придруживању). Види претходну фусноту.

⁸⁷ Тржишни удео се израчунава на основу оствареног промета, односно продаје робе појединачних учесника на релевантном тржишту, при чему се овај податак може утврдити из независних извора (привредне коморе, независне организације које се баве истраживањем тржишта) или непосредно на основу процене учесника и њихових финансијских извештаја; подаци о промету се добијају на основу критеријума обима или вредности продате робе; код специфичних тржишта се узимају у обзир посебни критеријуми, на пример: број учесника на јавном надметању, залихе руде у рудницима, број авиона у флоти авио-превозника.

⁸⁸ Закон у члану 66 предвиђа само могућност *условног* одобрења концентрације, на основу предлога учесника у концентрацији, али не и условног одобрења рестриктивног споразума или одлуке удружења, нити условног одобрења одређеног акта или радње доминантног учесника на тржишту.

конкуренције и одређује управне мере и мере заштите конкуренције, странка у поступку може понудити преузимање одређених обавеза и услова којима се отклања опасност повреде конкуренције. Комисија, с друге стране, може донети одлуку којом *обавезује* странку да пословање усклади са понуђеним, односно преузетим обавезама и додатним условима. Овом одлуком се окончава поступак испитивања повреде конкуренције пред Комисијом, при чему њена важност може бити временски ограничена. Према одредби члана 39 став 1 словеначког Закона о спречавању ограничавања конкуренције, странка у поступку може поднети предлог за преузимање обавеза и услова у периоду од дана достављања одлуке Канцеларије о покретању поступка испитивања повреде конкуренције, све до истека рока за подношење одговора на саопштење Канцеларије о примедбама поводом акта или радње која је предмет испитивања.

У складу са одредбама сва три правна извора, надлежни орган за испитивање повреде конкуренције може поништити раније донету одлуку којом је странка обавезана да примени одређене обавезе и поново покренути испитни поступак (члан 9(2) Уредбе ЕУ; члан 32b(2) немачког Закона; члан 39(5) словеначког Закона), и то у следећим случајевима: 1) услед битне промене чињеница на основу којих је одлука донета; 2) када се субјекти у питању понашају супротно од преузетих обавеза; и 3) када је одлука заснована на непотпуним, нетачним или обмањујућим подацима достављеним од стране учесника у поступку.

Принцип процесне економије у спровођењу испитног поступка указује на позитивне ефекте наведене врсте одлука органа за заштиту конкуренције. Преузимање обавеза и додатних услова од стране учесника у споразуму, односно доминантног субјекта на тржишту, представља вид њиховог прећутног саглашавања са ставом Комисије да постоји опасност од повреде конкуренције актима и радњама које су предмет испитивања. Истовремено, представља и облик сарадње учесника у поступку са Комисијом, што доводи до обустављања испитног поступка. У складу са начелом истине и правичног процеса, постоји могућност поновног отварања испитног поступка у напред наведеним случајевима (битна промена материјалних, одн. релевантних чињеница на којима је одлука заснована; непоступање учесника у поступку у складу са преузетим обавезама; ако је одлука заснована на чињеницама које је учесник у поступку доставио Комисији, а које су неистините, непотпуне и обмањујуће).

На крају, истичемо запажање да правни оквир заштите конкуренције у Србији није заокружен, имајући у виду да недостају неки битни акти Комисије за заштиту конкуренције о усвајању европских стандарда поступања. У том смислу, указујемо на потребу доношења упутстава и смерница о испитивању злоупотребе доминантног положаја,⁸⁹ као и упутстава о хоризонталним и вертикалним концентрацијама.⁹⁰

5. Перспективе развоја

Право конкуренције и његова примена у Републици Србији су на самом почетку. Циљеви политике заштите конкуренције у националним оквирима нису нужно идентични њеним циљевима у развијеним државама. Они, нарочито, нису у потпуности идентични циљевима политике конкуренције у Европској унији, имајући у виду различите нивое продуктивности привреда држава чланица. Те разлике уважава и право конкуренције ЕУ, тако што чланицама не ускраћује могућност да на својој територији примењују одредбе националног права конкуренције које су строжије од европских правила (осим у случајевима испитивања повреда конкуренције из члана 81(1) Уговора ЕЗ и услова за ослобођење од забране из члана 81(3) Уговора ЕЗ).⁹¹ Истовремено, државе чланице су слободне да својим националним законодавством у области заштите конкуренције остварују и друге циљеве (осим заштите конкуренције), под условом да није реч о циљевима који противурече општим принципима и правилима комунитарног права.⁹²

⁸⁹ Видети: Communication from the Commission – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02).

⁹⁰ Видети: Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03);

Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2008/C 265/07).

⁹¹ Article 3(2) of the 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: *Cit.* „*The application of national competition law may not lead to the prohibition of agreements, decisions by associations of undertakings or concerted practices which may affect trade between Member States but which do not restrict competition within the meaning of Article 81(1) of the Treaty, or which fulfil the conditions of Article 81(3) of the Treaty. Member States shall not under this Regulation be precluded from adopting and applying on their territory stricter national laws which prohibit or sanction unilateral conduct engaged in by undertakings.*“

⁹² *Ibid.*, Article 3(3): *Cit.* “*Without prejudice to general principles and other provisions of Community law, paragraphs 1 and 2 do not apply when the competition authorities and the courts of the Member States apply national merger control laws nor do they preclude the application of provisions of national law that predominantly pursue an objective different from that pursued by Articles 81 and 82 of the Treaty.*”

Овако успостављен однос између комунитарног права конкуренције и националног законодавства у тој области потврђује да *нема захтева за пуном хармонизацијом*, све док посебни циљеви и одредбе закона држава чланица нису у супротности са основним принципима и другим правилима Европске уније. Сматрамо да овај принцип није искоришћен приликом доношења српског Закона о заштити конкуренције, имајући у виду да његове одредбе нису одраз *посебних* потреба Републике Србије у тој области. Чини се, наиме, да се испуњавању обавезе усклађивања домаћег законодавства са законодавством ЕУ (према Споразуму о стабилизацији и придруживању са ЕЗ и њеним државама чланицама) приступило *једнострано и без темељне анализе конкурентности домаће привреде*. Тиме је пропуштена прилика да се законске одредбе одреде на начин који доприноси развоју *конкурентности нације*, заштитом посебно осетљивих привредних сектора и учесника на тржишту.

На очигледне примере таквог приступа у доношењу Закона, али и његове примене, указали смо у оквиру претходних наслова овог дела рада. Овде ћемо, ради систематског приказа по нама најзначајних праваца развоја (перспективе) домаћег права конкуренције, поново указати на неке од њих.

Прво, сматрамо да је потребно појам *учесника на тржишту* (у смислу одредаба о персоналној примени закона) *изоставити* из законског текста, или га *определити* у складу са дефиницијом из словеначког закона (која се заснива само на општем одређењу субјеката примене права, а не на појединачном набрајању врста субјеката, као што је случај у српском закону). Концепт учесника на тржишту у европском праву заштите конкуренције је резултат судске праксе и тумачења права, имајући у виду да одредбе Уговора ЕЗ *не садрже дефиницију учесника на тржишту* (енг. „*undertaking*“). У том смислу, може се закључити да је српски законодавац при доношењу прописа *отишао даље* од онога што се од њега могло очекивати, умањујући тиме сопствену слободу да остварује и *друге легитимне циљеве закона*, сходно одредби члана 3(2,3) Уредбе бр. 1/2003 о примени правила конкуренције из члана 81 и 82 Уговора ЕЗ.

Примарни метод у изради Закона о заштити конкуренције требало је да буде заснован на *упоредноправној анализи* закона држава чланица, док је *комунитарно право заштите конкуренције* требало схватити као услов *усклађене (хармонизоване) примене* домаћих прописа у процесу припреме за чланство у Европској унији.

Као што смо напред предложили и објаснили, треба усвојити принципе и модел немачког Закона против ограничавања конкуренције, тако што ће се предвидети *изузеци од персоналне примене закона, и то за: предузетнике, мала и средња предузећа, пољопривредне задруге и њихова удружења, синдикате и носиоце права интелектуалне својине*. Наведени субјекти су основни носиоци пројекта заштите и унапређења *конкурентности домаће привреде у целини, односно, конкурентности нације*.

Конкурентност нације зависи од способности њене привреде да се иновира и унапређује.⁹³ Једини значајан концепт конкурентности на националном нивоу јесте *продуктивност*. Одржив раст продуктивности захтева да привреда стално *сама себе* унапређује, при чему *међународна трговина и стране инвестиције* могу да унапреде, али и да угрозе продуктивност у једној земљи.⁹⁴

Наведено упућује на закључак да *не постоје јединствена правила за све*, при чему држава на све начине, укључујући процес доношења закона и његове примене, треба да обезбеди *оптималне услове за јачање конкурентности привреде*. У том циљу, потребно је структуру и динамику привредних сектора од стратешког значаја за развој продуктивности *унапредити и припремити за конкуренцију на регионалном и глобалном тржишту*.

Од посебног је значаја за јачање домаће конкуренције подршка државе предузетницима, као и малим и средњим предузећима, посебно онима који своју пословну делатност и стратегију заснивају на новим производима и технологијама. Подстицање и заштита интелектуалног стваралаштва и његових индустријски применљивих производа (патената, индустријског дизајна, топографија интегрисаних кола, итд) подстиче конкуренцију на домаћем тржишту и унапређује извозне потенцијале земље.

У том смислу, мишљење је аутора да треба изменити одредбе члана 3 Закона о заштити конкуренције (*„Персонална примена“*), изостављањем одредбе тачке 3 тог члана, која гласи: *„друга физичка и правна лица и облике удруживања учесника на тржишту (синдикати, удружења, спортске организације, установе, задруге, носиоци права интелектуалне својине и др)“*. Тиме би законодавац створио услове за потпуније остваривање свих легитимних националних интереса у оквиру политике заштите

⁹³ Мајкл Е. Портер, *О конкуренцији*, (превод са енглеског), Факултет за економију, финансије и администрацију, Београд, 2008, стр. 159.

⁹⁴ *Ibid*, стр. 164, 165.

конкуренције, који не би били супротни општим принципима и другим правилима комунитарног права конкуренције. Тачније, сви набројани субјекти били би подложни примени општих правила о конкуренцији, у мери у којој њихове активности на тржишту излазе *из оквира* основних циљева њихове делатности и/или удруживања, и то у обиму који прети да *озбиљно угрози конкуренцију* на релевантном тржишту. Границе и услове примене права конкуренције у тим случајевима требало би одредити актима Комисије за заштиту конкуренције (упутства, смернице, мишљења).

Друго, сматрамо да Србија може постићи значајне компаративне предности у односу на друге земље у области *пољопривреде*. Правни и економски положај пољопривредних произвођача и њихових облика удруживања (задруге и задружна удружења и савези) треба прилагодити статусу који ови субјекти имају у оквирима заједничке пољопривредне политике Европске уније (у значајној мери изузете од примене правила о конкуренцији). У претходним излагањима смо указали на документ европске Комисије под називом „*Како ЕУ политика конкуренције помаже произвођачима млека и млечних производа у Европи*“ (2010). У складу са основним објашњењима о примени права конкуренције на споразуме између пољопривредних произвођача, изнетим у овом документу, потребно је статус пољопривредника и њихових удружења уредити на следећи начин: 1) обезбедити им једнаке могућности за учешће на тржишту примарних пољопривредних производа, као и за ширење активности на друга географска тржишта и у производњу секундарних производа (прераду примарних производа); 2) заштитити пољопривредне произвођаче правилном применом права конкуренције, спречавањем аката и радњи других учесника на тржишту који нарушавају конкуренцију на тржишту примарних и секундарних пољопривредних производа, онемогућавањем приступа примарних произвођача потенцијалним купцима и тржиштима; 3) створити услове за сарадњу (кооперацију, задругарство) између пољопривредника, која има за циљ да повећа њихову ефикасност, инвентивност и спремност да се суоче са конкуренцијом из иностранства; 4) изузети споразуме о кооперацији пољопривредника од примене права конкуренције, у мери у којој ти споразуми немају могућност да остваре значајан утицај на релевантном тржишту (укључујући чак и споразуме колективних преговарачких група о цени и количинама продаје примарних производа откупљивачима и прерађивачима); 5) омогућити продају производа по јединственој цени у случајевима када: 5-1.

пољопривредници сарађују у производњи, складиштењу и обради примарних производа, 5-2. доминантан купац производа захтева јединствену откупну цену и 5-3. пољопривредници закључе споразум о удруженом тржишном пласману новог производа, под заједничким знаком разликовања (брендом, тј. жигом); б) изузети *задруге* од примене права конкуренције, у мери у којој њихови капацитети не прелазе тржишни удео који може омогућити битно нарушавање конкуренције на штету потрошача.

Треће, сматрамо да треба предузети мере које ће обезбедити *пун* административни капацитет Комисије за заштиту конкуренције. У претходним излагањима смо указали на неке одлуке Комисије које доводе у питање *њену улогу и допринос* позитивним привредним подстицајима и јачању националне конкурентности. Посебно смо анализирали одлуку Комисије из 2008. године којом је оглашена ништавом Одлука управног одбора Ветеринарске коморе Србије под називом *Ценовник минималних цена ветеринарских услуга са важношћу од 01.05.2008. године*. Мишљење је аутора да ова одлука представља један од очигледнијих примера формализма чланова Савета у примени Закона о заштити конкуренције. *Примена закона мора бити у складу са савременим резултатима истраживања водећих стручњака и институција, у супротном, прети да угрози међународни кредибилитет Комисије за заштиту конкуренције*. Осим тога, *неправилне одлуке* Комисије могу имати неповољан утицај на развој и конкурентност домаће привреде, што намеће потребу за повећаним исказивањем *опреза и професионалне пажње* приликом оцене штетности аката и радњи учесника на тржишту.

Питање које смо, у вези са изнетим запажањима, поставили – „*Да ли је овај тип институције (са широким законским овлашћењима и могућностима за исправан али и погрешан утицај на привреду) примерен држави у којој не постоји традиција примене права конкуренције, нити довољно стручних и искусних кадрова за његову примену?*“ – није ново, нити јединствено. Напротив, може се рећи да је универзално, јер је заједничко за све државе у транзицији и државе у развоју.⁹⁵

⁹⁵ Према извештају Светске банке из 2003. године, примена савремене политике конкуренције налази се *изван* административног домашаја неких (неразвијених) држава, које би процес системске заштите конкуренције требало да започну на поједностављеном моделу. Извор: World Bank, *World Development Report* 101 (2003) – наведено према: *Developing Countries in the WTO Legal System*, (edited by Chantal Thomas and Joel P. Trachtman), Oxford University Press, 2009, pp. 408-409.

Четврто, постоји потреба да се правилном применом прописа из области заштите конкуренције створе услови за јачање конкурентности нације у систему међународних привредних односа, као и за јачање регионалне и глобалне конкурентности домаћих и страних привредних субјеката (који послују на територији Републике Србије). На основне правце деловања Комисије за заштиту конкуренције у том циљу указано је у излагањима под насловом: „*Територијална примена права конкуренције*“.

Овде, посебно, наглашавамо значај конкуренције учесника у поступку јавних набавки. Спречавање и оштро санкционисање усаглашеног иступања учесника на јавном тендеру захтева *заједничку и координирану* активност Комисије за заштиту конкуренције и Управе за јавне набавке. Према извештају Комисије за заштиту конкуренције, сарадња са Управом за јавне набавке одвијала се у 2011. години кроз учешће Комисије у конципирању Стратегије јавних набавки у Србији, уз начелно усаглашени став о потреби едукације службеника који се баве јавним набавкама из области права и политике заштите конкуренције.⁹⁶ У том циљу, Комисија је јуна 2011. године издала Упутство за откривање намештених понуда у поступцима јавних набавки. Међутим, нема потписаног протокола о сарадњи ова два органа, попут Протокола о сарадњи са РАТЕЛ-ом, Агенцијом за енергетику и Народном банком.

Мишљење је аутора овог рада да је неопходно установити правни оквир институционализоване сарадње Комисије за заштиту конкуренције и Управе за јавне набавке. У том смислу, предлажемо упоредну анализу одредаба IV Дела немачког Закона против ограничавања конкуренције (члан 97- 129b). Указујемо на могућност да Управа за јавне набавке буде организована *при* Комисији за заштиту конкуренције, по угледу на немачки систем (члан 106(1) немачког закона).

⁹⁶ Комисија за заштиту конкуренције, *Годишњи извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције за 2011. годину*, Београд, фебруар 2012. године, стр. 70.

ЗАКЉУЧАК

1. Право конкуренције, као неопходан услов напретка друштвеног система заснованог на принципима либералне демократије и тржишне економије

Конкуренција представља неопходан услов напретка друштвеног система заснованог на принципима либералне демократије и тржишне економије. Ову тезу потврдили смо у анализи конкуренције као економске и правне категорије у уводном делу рада, где смо указали на нераздвојивост појма тржишта, тржишне економије и конкуренције. Посебно смо нагласили значај развоја конкурентности привредних субјеката држава у транзицији и држава у развоју у савременом систему мултилатералних међународних привредних односа. У вези са тим, утврдили смо потребу јачања конкурентности нације, са освртом на посебне потребе држава у транзицији, којима припада и Србија.

Приказ економских теорија о конкуренцији потврдио је да њихов историјски развој прати еволуцију економске теорије о тржишту, утемељене на класичном и неокласичном моделу тржишта који уважава принцип слободе предузетништва. Слобода предузетништва није само економски, већ и политички принцип уздигнут на ниво највише правне (уставне) заштите, којим се спречава претерана концентрација економске и финансијске моћи. Тиме се спречава и концентрација политичке моћи која погодује ауторитарним, тоталитарним и националистичким тежњама. Тачније, слободна конкуренција, као израз слободе предузетништва, представља један од основних стубова либералне демократије. Ову тезу смо потврдили и у Првом делу рада, указивањем на чињеницу да је доношење закона о заштити конкуренције у окупираној Немачкој, после Другог светског рата, представљало примарни циљ савезничких снага у оквиру ширег програма декартелизације и демонополизације тржишта окупираних земаља.

Тржишна економија постала је доминантни привредни модел, након што су потпуно напуштени алтернативни модели социјализма (комунизма) и државног капитализма. То је довело до транзиционог процеса прилагођавања институционалног и правно-економског система већег броја држава, нарочито '90-тих година прошлог века. У раду смо потврдили тезу да постоји потреба и могућност *прилагођавања* права конкуренције степену економског развоја појединих држава, односно њиховим

потребама подстицаја стратешких привредних грана и јачању конкурентности домаћих произвођача на међународном тржишту. У том смислу, указали смо на недостатке тзв. „шок терапије“ у процесу транзиције, засноване на једнообразним принципима *Вашингтонског консензуса* (либерализације, приватизације и фискалне одговорности). Последице примене тих принципа потврдиле су да *пре* либерализације спољнотрговинског режима држава у транзицији треба спровести поступак приватизације, који ће створити услове за успешно пословање *домаћих* привредних субјеката на националном и међународном тржишту.

Слобода предузетништва и конкуренције на међународном тржишту остварује се поштовањем принципа недискриминације, који посебну важност имају у систему мултилатералних међудржавних односа. У том смислу, можемо говорити о универзалном (глобалном) политичком принципу либералне демократије у оквирима правног система Светске трговинске организације. У том систему, принципи најповлашћеније нације, националног третмана и транспарентности добијају значај уставних принципа глобалне (светске) заједнице држава. С друге стране, у раду смо потврдили и тезу да однос између политике и права међународне трговине, с једне стране, и политике и права конкуренције, с друге стране, поред комплементарности, показује и значајне *противуречности*. Иако је протекционизам супротан основним начелима либерализације и недискриминације, на којима почива Светска трговинска организација, државе чланице не одустају од примене појединих мера заштите домаће привреде које *нису забрањене* у правном систему међународних трговинских односа. Ове мере, посебно антидампиншке мере и субвенције, доводе до ограничавања међународне конкуренције. Државе, као основни *политички* субјекти међународних привредних односа, постају главни носиоци различитих антагонистичких интереса у процесу глобализације – с једне стране, активно се залажу за слободу тржишног приступа и међународне конкуренције; с друге стране, мерама тржишне политике непосредно доприносе ограничавању тих слобода.

Поред тога, противуречности глобализације доводе до појаве нових инструмената *геополитичког утицаја*. Носиоци тог процеса су Међународни монетарни фонд и Светска банка, наметањем модела развоја на принципима Вашингтонског консензуса – што је већину земаља у транзицији довело у положај трајне зависности од иностраних извора финансирања, а тиме и политичке моћи и утицаја групе развијених држава. Истовремено, либерализација финансијског тржишта

допринела је појави нових облика државних предузећа (често у форми државних инвестиционих фондова) са значајним могућностима утицаја на токове међународних инвестиција, али и спекулативних удара на економију појединих држава. Наведени антагонизми подривају принципе либералне демократије и представљају потенцијални извор међудржавних сукоба у будућности.

2. Ефективна заштита међународне конкуренције, као битан елемент процеса остваривања услова и ефективног чланства у WTO и ЕУ

Ефективна заштита конкуренције на националном тржишту, као и заштита конкуренције између домаћих и страних привредних субјеката (било на националном, или на регионалном и светском тржишту) – неопходан је услов за пријем у чланство Светске трговинске организације, али и за оптимално остваривање свих погодности које произилазе из тог чланства. Ову тезу потврдили смо у Другом делу рада, анализом темељних принципа недискриминације у систему савремене међународне трговине, и то: принципа најповлашћеније нације и принципа националног третмана.

Принцип најповлашћеније нације укида државне мере повољнијег третмана производа из појединих земаља, у односу на исте или сличне производе из других земаља. Тачније, примена овог принципа налаже држави чланици да повољнији третман робе која има порекло у некој другој држави одмах и безусловно додели и свим осталим чланицама WTO. У том смислу, може се сматрати да овај, као и остали принципи на којима почива систем међународне трговине под окриљем Светске трговинске организације, представља саставни део политике конкуренције. Циљ принципа недискриминације је да омогући приступ производа међународном тржишту под једнаким условима.

Принцип националног третмана, с друге стране, обезбеђује једнакост могућности, односно функционалну конкуренцију, између иностраних и домаћих производа и привредних субјеката – што овим субјектима гарантује *једнаке услове* за учешће на тржишту и инвестирање.

Предметну тезу смо потврдили и на конкретним одредбама WTO споразума, којима се забрањује ограничавање конкуренције у међународној трговини од стране увозних или извозних монопола, било приватних или државних (GATT); исто смо,

даље, потврдили и на одредбама TRIPS споразума (повреда права интелектуалне својине, као специфични облик нелојалне конкуренције у међународној трговини). Посебан значај у обезбеђивању ефективне конкуренције у систему међународне трговине имају TRIMS и GATS споразуми. Први се односи на инвестиционе државне мере у вези са трговином, а други на опште принципе међународне трговине у услужном сектору.

Поред изједначавања могућности (недискриминације) за производе из увоза, указали смо и на потребу ограничавања или укидања државних мера којима се нарушава конкуренција између страних инвеститора, као и између страних и домаћих инвеститора. Директне стране инвестиције имају посебан значај у земљама у транзицији и земљама у развоју, које немају довољну капиталну и технолошку основу за самостално стицање конкурентности на иностраном тржишту. На прилив инвестиционог страног капитала утичу многобројни чиниоци, међу којима су: политички и правни режим одобрења стране инвестиције, услови пословања, ризици инвестирања, компаративне предности локалног тржишта.

Услужни сектор добија све значајнији удео у светској трговини и бруто националном дохотку технолошки развијених земаља, чиме уговорене концесије у оквиру GATS споразума пружају значајне могућности за раст директних страних инвестиција у области услуга. Допринос међународној конкуренцији у услужном сектору пружају и обавезе држава чланица Светске трговинске организације, које се односе на надзор и контролу *приватних субјеката*, односно учесника на тржишту услуга. Показали смо да одговорност државе за непримену или дискриминаторску примену права заштите конкуренције у односу на *порекло* услуге или њеног добављача (пружаоца услуге) – има већи значај и тежину у оквиру GATS споразума, него што је то случај у систему ГАТТ-а.

Најзад, ефективна примена права заштите конкуренције представља и услов за пријем у чланство Европске уније, што смо потврдили у Другом делу, као и у Трећем делу рада. Ову тезу смо, посебно, потврдили и на примеру Србије, указивањем на чињеницу да је право заштите конкуренције нова правна дисциплина у поретку Републике Србије, како у теоријском, тако и у позитивно-правном и практичном смислу. Оно је, пре свега, резултат политичке потребе усаглашавања правног система Србије са европским правом, у складу са преузетим обавезама из Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава

чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране („Сл. гласник РС – Међународни уговори“, бр. 83/2008).

3. Либерализација међународне трговине и ефективна заштита међународне конкуренције, као комплементарни аспекти глобалне међународне привреде

У Првом и Другом делу рада потврдили смо тезу да либерализација међународне трговине и ефективна заштита међународне конкуренције представљају комплементарне аспекте глобалне међународне привреде.

Либерализација међународне трговине допринела је експанзији прекограничних токова робе и услуга, али и директних страних инвестиција и финансијских инструмената. Уобичајени концепт производње и спољнотрговинске размене замењен је новим организационим облицима производног процеса, који се одвија у две или више држава, као и новим облицима спољнотрговинске размене који превазилазе обичан извозни посао, схваћен у традиционалном смислу. Наиме, производња се из државе порекла (државе седишта компаније) измешта у државе са повољнијим условима и факторима који утичу на повећање профитабилности, као што су: извори природних богатстава чије је коришћење доступно приватним субјектима (концесије); јефтина радна снага; пореска ослобођења и олакшице; стимулативне мере државе за привлачење директних страних инвестиција (субвенције и др), погодан географски положај и развијена инфраструктура; квалификована радна снага; политичка стабилност и кредибилност институција; повољно законско и административно окружење које не спутава привредне активности; правна сигурност; високи ниво заштите конкуренције, страних инвестиција и права интелектуалне својине, и тако даље.

У раду смо указали на основне аспекте међузависности између права заштите конкуренције и права спољне трговине. С једне стране, постоји комплементарна узајамност конкуренције и спољне трговине. Савремени спољнотрговински режим у оквиру WTO правних правила омогућава приступ иностраним тржиштима, што доводи и до појаве међународне конкуренције. С друге стране, значајно ограничење сувереног капацитета држава чланица у примени мера заштите домаће привреде, као и дефицит институционалног капацитета за ефективну примену права конкуренције – стварају

опасност од прекомерног утицаја и моћи мултинационалних компанија у неразвијеним земљама и земљама у развоју. Овај аспект међународних привредних односа (однос између међународне трговине и злоупотребе монопола мултинационалних компанија на домаћем тржишту) аналитички смо сагледали у Другом и Трећем делу рада, уз оквирне предлоге о пожељним правцима примене права конкуренције у Републици Србији.

Поред тога, у раду смо потврдили и тезу да осим комплементарности, право заштите конкуренције и спољне трговине у својој интеракцији производе и одређене противуречности. Указали смо на два посебно значајна случаја антиномије тог односа – први се тиче примене антидампиншких мера (као дозвољене спољнотрговинске мере интервенције државе у циљу заштите домаће привреде), док се други тиче једностране (екстратериторијалне) примене права конкуренције на акте и радње предузете *изван* територије државе примене права (када се ефекти тих аката и радњи остварују на њеној територији у виду непосредног, објективно предвидивог и значајног утицаја на привредне токове и конкуренцију). Дампинг представља пласман производа на тржишту (домаћем или иностраном) по цени која је нижа од нормалне цене. У том смислу, он не представља нужно и повреду конкуренције, као ни облик нелојалне конкуренције на тржишту – што га издваја из предмета заштите права конкуренције. Управо из тог разлога, феномен дампинга није био предмет посебног разматрања и анализе у раду, јер превазилази оквире задате теме дисертације. Дампинг, наиме, представља повреду конкуренције *само* у случају постојања *намере* субјекта који га примењује да ниском ценом производа *потисне* остале конкуренте на тржишту пласмана. Имајући у виду да спречавање и кажњавање дампинга *не представља предмет заштите права конкуренције, већ спољнотрговинског права (прописивањем услова и поступка примене антидампиншке марже, као државне мере заштите)* – јасно је да дампинг не представља ни предмет заштите у оквиру права *међународне* конкуренције.

4. Специјални (повлашћени) режим држава у развоју и транзицији у правним оквирима регулисања спољнотрговинских односа и заштите међународне конкуренције

Развијене државе настоје да наметну државама у развоју сопствени концепт права заштите конкуренције, и то на начин који принцип слободе конкуренције претвара у инструмент њихове спољнотрговинске политике, чији је циљ потпуно отварање тржишта држава у транзицији и у развоју за страну конкуренцију. Производне компаније – у условима постојања глобалне тржишне конкуренције и конкуренције нација на светском тржишту – организују процес производње у више земаља, искоришћавањем њихових компаративних предности. Такве промене нису од значаја само за државу домаћина, већ и за државу порекла компаније. Поред позитивних, у све већој мери постају видљиви негативни ефекти глобализације, који се огледају у одливу капитала, глобалним променама у структури тржишта радне снаге, али и основаној забринутости бројних невладиних организација у погледу поштовања основних људских права (на пример, због злоупотребе деце у производном процесу, експлоатације јефтине радне снаге у пренасељеним подручјима, загађења животне средине, и др).

У раду смо потврдили тезу да државе у транзицији и државе у развоју треба да примене *сопствени концепт* права конкуренције који одговара њиховим потребама развоја индустријске и технолошке основе, повећања продуктивности производње и достизања стандарда међународне конкурентности домаће привреде.

Либерализација светске трговине, заснована на принципима Општег споразума о царинама и трговини из 1947. године (GATT 1947), није довела до очекиваних резултата у односу на земље у развоју и неразвијене. Емпиријске анализе извозних резултата ове две групе земаља показале су да је њихов *преференцијални третман* у систему GATT-а (заснован на принципу „мање од пуног реципроцитета“ у преговорима о трговинским концесијама) имао више *политички* него економски значај. Поред наведеног принципа *асиметричности*, преференцијални третман држава у развоју и неразвијених држава подразумевао је и *повлашћени положај* у погледу приступа њихових производа на тржишту развијених држава (у оквиру тзв. *општег система преференцијала*). Такође, *специјални и преференцијални третман* ових држава

подразумевао је и повлашћене услове за одступање од дисциплина и обавеза предвиђених GATT споразумом.

Општи ефекти специјалног и преференцијалног третмана више су него незадовољавајући, па чак и неповољни за државе у развоју и неразвијене. Напредак у економском положају тих држава није се остварио ни након Уругвајске рунде преговора и оснивања Светске трговинске организације. Принцип посебног третмана је значајно модификован током ове рунде преговора, тако што је ограничен преференцијални приступ тржишту за земље у развоју и умањене могућности за примену заштитних мера у циљу постизања платно-билансне равнотеже. Истовремено, добио је ново значење у мултилатералном систему трговинских односа под окриљем WTO, тако што је систем привилегија, олакшица и имунитета у великој мери замењен чврстим обавезама *правно* утемељеног поретка Светске трговинске организације. Техничка помоћ и дужи рокови за имплементацију предвиђених обавеза – практично су једине преостале повластице у оквиру специјалног и преференцијалног третмана држава у развоју и неразвијених. Истовремено, ова група земаља преузела је многобројне обавезе из нових споразума, усвојених током Уругвајске рунде преговора, које имају за циљ либерализацију тржишта услуга и директних страних инвестиција, потпунију заштиту права интелектуалне својине и укидање преосталих нецаринских мера ограничења слободне трговине. Тако уређени односи између држава на неједнаком нивоу развоја и потреба само су продубили разлику између богатих и сиромашних.

Право заштите конкуренције има значајан капацитет стратешког усмеравања развоја домаће привреде, у циљу повећања њене продуктивности и јачања конкурентности нације на светском тржишту. У том смислу, у Трећем делу рада смо указали на основне недостатке правног режима заштите конкуренције у Републици Србији и дали препоруке за њихово превазилажење. Примере за то смо пронашли у праву конкуренције развијених држава, посебно Немачке. Истакли смо потребу за *a priori* изузимањем од примене права конкуренције одређених врста учесника на тржишту, и то: малих и средњих привредних субјеката, као и пољопривредних произвођача (и њихових удружења и савеза).

Поред тога, указали смо на потребу за активнијим и опрезнијим приступом у анализи ефеката страних концентрација на домаћем тржишту, имајући у виду низак степен развоја и продуктивности наше привреде, неконкурентност домаћих производа,

као и увозну зависност привреде у целини. Активно деловање Комисије за заштиту конкуренције треба да спречи доминацију страних произвођача и појавне облике злоупотребе те доминације, као и последице међународних картела на домаћем тржишту. У том смислу, њене активности представљају предуслов јачања конкурентности нације у систему међународних привредних односа. Истовремено, треба да допринесу јачању регионалне и глобалне конкурентности домаћих и страних привредних субјеката који послују на територији Републике Србије, применом принципа недискриминације и транспарентности у поступцима испитивања повреде конкуренције.

5. Нужност хармонизације права конкуренције

Хармонизација права подразумева процес смањивања разлика између националних прописа и њихове примене, без тежње за остваривањем једнообразности (униформности, унификације). Циљ хармонизације је да омогући међународни (билатерални, регионални или мултилатерални) консензус о минималним заједничким интересима, који државама омогућава приступачан и узајамно прихватљив модел решавања проблема *прекограничних* ефеката аката и радњи повреде конкуренције, предузетих од стране субјеката под њиховом (персоналном и територијалном) јурисдикцијом. У раду је указано на нужност хармонизације права заштите међународне конкуренције, као и на неколико потенцијалних модела ове хармонизације и могуће опције у оквиру тих модела.

Формална (званична) хармонизација је тренутно ограничена само на неке регионалне споразуме, као што су Европска унија и ANZERTA, мада је приметан и потенцијал за хармонизацију у оквиру плурилатералног споразума.

Мултилатерални облик хармонизације је најзначајнији, захваљујући ауторитету међународне организације у оквиру које се воде преговори, али и због општости (универзалности) примене мултилатералног споразума. Међутим, овај вид хармонизације права конкуренције је потпуно изостао у форми званичне хармонизације, имајући у виду да се активности међународних организација у области конкуренције завршавају актима неформалне хармонизације (у виду извора тзв. *меког* нормативитета, попут препорука, упутстава, примера најбоље праксе, и др). Право заштите међународне конкуренције није уједначено ни у правном систему Светске

трговинске организације, јер су његове одредбе о заштити конкуренције *ad hoc* карактера и партикуларне по предмету и обиму заштите. Њихов заједнички именоватељ у систему WTO су општи принципи недискриминације у међународним трговинским односима, који се односе на *државне мере*, а не на акте и радње ограничавања међународне конкуренције предузете од стране *привредних субјеката*. То потврђује *de facto* неприкладност примене WTO права у заштити конкуренције на међународном тржишту.

Једнострана (екстратериторијална) примена права у циљу спречавања повреде конкуренције *прекограничним* актима и радњама приватних субјеката – представља нужност у одсуству мултилатералних извора права конкуренције. Она је последњих деценија значајно унапређена институционалном сарадњом између националних органа за заштиту конкуренције.

Институционална сарадња између ових органа одвија се у оквирима билатералних споразума о сарадњи, који представљају инструмент *посредне и парцијалне процесне хармонизације* права конкуренције. У претходној деценији је настао нови облик институционалне сарадње *изван* оквира билатералних споразума. Ради се о тзв. мрежи, као облику непосредне и флексибилне сарадње на суб-националном нивоу (без посредства дипломатских органа и државних органа управе надлежних за односе са иностранством). Овај облик сарадње одликује потенцијал остваривања *постепене (еволутивне) хармонизације права конкуренције*, и то не само процесних, већ и материјалних одредби тог права.

Посебан облик хармонизације се остварује у процесу усвајања закона о заштити конкуренције по моделу Сједињених Америчких Држава или Европске уније, што је резултат њиховог геополитичког утицаја на државе у развоју и, посебно, на државе у транзицији. Европска унија остварује утицај на државе централне и источне Европе, са којима закључује споразуме о стабилизацији и придруживању. Међу тим државама је и Република Србија, која је процес усклађивања закона са правом ЕУ у области заштите конкуренције започела пре потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању, усвајањем првог Закона о заштити конкуренције 2005. године. Овај закон је, већ на почетку примене, указао на значајна одступања од европских стандарда, што је потврдило неопходност доношења новог Закона о заштити конкуренције 2009. године.

Трећи део рада садржи анализу усклађености домаћих прописа у области заштите конкуренције са правом ЕУ. Нагласили смо да усаглашавање са правом ЕУ

представља *континуиран процес*, који осим доношења закона нужно подразумева и одређени период прилагођавања и усвајања јасних и предвидивих критеријума његове примене. У том делу рада смо потврдили тезу да *нема захтева за пуном хармонизацијом* права конкуренције ни у оквиру односа између комунитарног права и права конкуренције појединачних држава чланица. Исказан је став аутора рада да овај принцип „*мање од пуне хармонизације*“ није искоришћен приликом доношења српског Закона о заштити конкуренције, имајући у виду да његове одредбе нису *одраз посебних потреба* Републике Србије у тој области. У том смислу, аутор аргументовано износи став да се испуњавању обавезе усклађивања домаћег законодавства са законодавством ЕУ (према Споразуму о стабилизацији и придруживању) приступило *једнострано и без темељне анализе конкурентности домаће привреде*. Тиме је, према оцени аутора, пропуштена прилика да се законске одредбе определе на начин који доприноси развоју *конкурентности нације*, заштитом посебно осетљивих привредних сектора и учесника на тржишту.

6. Потреба стварања наднационалног правног система заштите међународне конкуренције

У оквиру тезе о потреби хармонизације права заштите међународне конкуренције, приказали смо најзначајније предлоге модела мултилатералне хармонизације, чији су идејни творци истакнути ауторитети у области заштите конкуренције и међународне трговине. Већина предлога се заснива на принципу *минималне хармонизације и ограничене наднационалне контроле* примене мултилатералног споразума. Комплементарност циљева спољнотрговинске политике и политике заштите конкуренције упућује на Светску трговинску организацију, као могући форум наднационалне контроле над применом мултилатералног споразума о заштити међународне конкуренције. С друге стране, противуречности тог односа, као и значајне разлике у интересима развијених држава и држава у развоју – производе сукоб аргумената у корист и против хармонизације права конкуренције у оквиру Светске трговинске организације. Те аргументе смо класификовали као: институционалне, политичке и правне.

Са аспекта *институционалних* предности, многи аутори закључују да је WTO подобан форум за преговоре о мултилатералном споразуму о заштити конкуренције, из следећих разлога: путем специфичне структуре преговарања по принципу реципроцитета (лат. *quid pro quo*) могуће је усагласити наизглед непомирљиве разлике између различитих група земаља; преговори засновани на принципу тзв. „*јединственог пакета*“ (енг. „*single package deal*“) омогућују да такав споразум буде усвојен као обавезујући, односно, чврст мултилатерални споразум; примену споразума подржава институционално уређен систем решавања спорова између држава чланица.

У оквиру анализе *политичких* разлога, указали смо на чињеницу да стратешке циљеве држава у развоју може оптимално подржати само *посебан* режим права конкуренције, који предвиђа изузетке од примене права у одређеним секторима од значаја за економски развој земље и јачање њених извозних потенцијала. Поред питања посебног статуса држава у развоју у будућем систему међународне заштите конкуренције, поставља се и питање њихове институционалне спремности да учествују у том систему. Посебно политички осетљиво питање представља проблем злоупотребе међународних моносона или олигосона (тј. монопола и олигопола на страни тражње), који намећу неправичне услове куповине примарних производа неорганизованим и економски slabим произвођачима из неразвијених земаља. Ова врста злоупотребе доминантног положаја доприноси нестабилности тржишта, а нарочито нестабилности цене хране на светском тржишту, што потенцијално доводи и до озбиљних политичких и социјалних потреса. Наведени проблем је нарочито изражен у периоду (светске) економске кризе, што представља значајан подстицајни чинилац ка остваривању мултилатералног модела хармонизације права конкуренције. Такође, специфичан политички разлог у корист овог модела хармонизације представљају извозни картели, али и питање сукоба јурисдикција и политички мотивисаних одлука у поступцима испитивања концентрација. Поред наведених, посебан политички разлог у корист мултилатералне хармонизације права заштите конкуренције под окриљем Светске трговинске организације проистиче из антиномије дампинга и конкуренције. У том смислу, указано је на решивост овог проблема усвајањем мултилатералног споразума о заштити конкуренције и истовременим укидањем анти-дампиншких мера.

Правни разлози који говоре у прилог или против мултилатералне хармонизације права конкуренције у оквиру Светске трговинске организације, могу се поделити на: материјалне (питања обима и предмета хармонизације); процесне (питање улоге

постојећег WTO система решавања међудржавних спорова); и јурисдикционе (питање поделе надлежности између више истовремено надлежних држава за испитивање и санкционисање повреда међународне конкуренције). Од посебног је значаја *питање решавања спорова* који би проистекли из примене мултилатералног споразума о конкуренцији. У вези са тим питањем, може се очекивати неколико проблема, чија озбиљност умањује изгледе за хармонизацију у оквиру WTO: проблем суверенитета домаћих органа за заштиту конкуренције и судова; правна и чињенична сложеност поступака испитивања повреде конкуренције; проблем дискреције у примени принципа разумности приликом одмеравања ефеката различитих чинилаца који утичу на конкуренцију; проблем адекватне заштите пословних и других података, који би били предмет размене између националних органа за заштиту конкуренције и WTO органа за решавање спорова; одсуство директног дејства WTO споразума у праву држава чланица, што би довело у питање спроводивост одлуке према привредним субјектима који су извршили повреду међународне конкуренције (уз проблем одсуства интервенцијског дејства тих одлука у поступку пред националним судовима).

ЛИТЕРАТУРА

1. ПРИМАРНИ ИЗВОРИ документарне грађе:

МЕЂУНАРОДНИ ПРАВНИ ИЗВОРИ

ПРАВО СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ

1. Final Act and Agreement Establishing the World Trade Organisation, General Agreement on Tariffs and Trade, Uruguay Round, Marrakesh, Morocco, 15 April 1994 ('GATT').
2. General Agreement on Trade in Services ('GATS').
3. Agreement on Trade-Related Investment Measures ('TRIMS').
4. Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights ('TRIPS').
5. Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (*Anti-dumping Agreement*, 'ADA').
6. Agreement on Safeguards.
7. Agreement on Subsidies and Countervailing Duties.

ПРАВНИ ИЗВОРИ УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА (УН Конференције за трговину и развој)

1. United Nations Conference on Trade and Development, *The United Nations Set of Principles and Rules on Competition*, TD/RBP/CONF/10/Rev.2.
2. United Nations Conference on Trade and Development, *Model Law on Competition – Substantive Possible Elements for a Competition Law, Commentaries and Alternative Approaches in Existing Legislation*, United Nations, 2010, TD/RBP/CONF.7/8.

ПРАВНИ ИЗВОРИ ОРГАНИЗАЦИЈЕ ЗА ЕКОНОМСКУ САРАДЊУ И РАЗВОЈ

1. *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD, 2011 edition.
2. *Recommendation of the Council Concerning Co-operation between Member countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade*, OECD, C(95)130/FINAL.
3. *Best Practices for the Formal Exchange of Information Between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations*, OECD, 2005.
4. *The Council's Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, OECD, C(98)35/FINAL.
5. *Recommendation of the Council on Merger Review*, OECD, 2005.

ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

1. THE TREATY ON THE FUNCTIONING OF THE EUROPEAN UNION, Consolidated version, *Official Journal of the European Union*, C 115/47, 9.5.2008.
2. THE TREATY OF LISBON Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community (2007/C 306/01), *Official Journal of the European Union*, C 306/1, 17.12.2007.
3. 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, 4.1.2003 *Official Journal of the European Communities* L 1/1.
4. COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), 29.1.2004 *Official Journal of the European Union* L 24/1.
5. COMMISSION REGULATION (EC) No 622/2008 of 30 June 2008 amending Regulation (EC) No 773/2004, as regards the control of settlement procedures in cartel cases (OJ L 171, 1.7.2008).
6. COMMISSION REGULATION (EC) No 802/2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, 30.4.2004 *Official Journal of the European Union* L 133/1.
7. COMMISSION REGULATION (EC) No 2658/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of specialisation agreements, 5.12.2000 *Official Journal of the European Communities* L 304/3.
8. COMMISSION REGULATION (EC) No 68/2001 of 12 January 2001 on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to training aid, L 10/20 *Official Journal of the European Communities* 13.1.2001.
9. COMMISSION REGULATION (EC) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, L 102/1 *Official Journal of the European Union* 23.04.2010.
10. COMMISSION REGULATION (EC) No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements, L 335/36 *Official Journal of the European Union* 18.12.2010.
11. COMMISSION REGULATION (EC) No 1218/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements, L 335/43 *Official Journal of the European Union* 18.12.2010.
12. COMMISSION REGULATION (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Art. 81(3) of the Treaty on categories of vertical agreements and concerted practices (1999), OJ L 336/21.
13. COMMISSION REGULATION (EC) No 772/2004 on the application of Art. 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements (2004) OJ L 123/11.
14. COMMISSION REGULATION (EC) No 1400/2002 of 31 July 2002 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector (2002) OJ L 203/30.

15. COMMISSION REGULATION (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices (OJ L 102, 23.4.2010).

1. COMMISSION GUIDELINES on the application of Article 81(3) of the Treaty, 27.4.2004 EN Official Journal of the European Union C 101/97.
2. COMMISSION GUIDELINES on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements, C 3/2 EN Official Journal of the European Communities 6.1.2001.
3. COMMISSION GUIDELINES on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, 5.2.2004 EN Official Journal of the European Union C 31/5.
4. COMMISSION GUIDELINES on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty, 27.4.2004 EN Official Journal of the European Union C 101/81.
5. COMMISSION GUIDELINES on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements, C 101/2 EN Official Journal of the European Union 27.4.2004.
6. COMMISSION GUIDELINES on Vertical Restraints, 13.10.2000 EN Official Journal of the European Communities C 291/1.
7. COMMISSION NOTICE on the rules for access to the Commission file in cases pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, Articles 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No 139/2004, 22.12.2005 EN Official Journal of the European Union C 325/7.
8. COMMISSION NOTICE on cooperation within the Network of Competition Authorities, 27.4.2004 EN Official Journal of the European Union C 101/43.
9. COMMISSION NOTICE on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC, C 101/54 EN Official Journal of the European Union 27.4.2004.
10. COMMISSION NOTICE on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis) (1), 22.12.2001 EN Official Journal of the European Communities C 368/13.
11. COMMISSION NOTICE on informal guidance relating to novel questions concerning Articles 81 and 82 of the EC Treaty that arise in individual cases (guidance letters), C 101/78 EN Official Journal of the European Union 27.4.2004.
12. COMMISSION NOTICE on the handling of complaints by the Commission under Articles 81 and 82 of the EC Treaty, 27.4.2004 EN Official Journal of the European Union C 101/65.
13. COMMISSION NOTICE on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, 19.2.2002 EN Official Journal of the European Communities C 45/3.
14. COMMISSION NOTICE on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of the Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases (OJ C 167, 2.7.2008).
15. COMMISSION NOTICE on the best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU (OJ C 308/6, 20.10.2011).

БИЛАТЕРАЛНИ УГОВОРИ

Agreement Between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities Regarding the Application of Their Competition Laws, 23 September 1991, OJ L 95/45 (27 April 1995), corrected at OJ L 131/38 (15 June 1995).

Agreement Between the Government of the United States of America and the European Communities on the Application of Positive Comity Principles in the Enforcement of their Competition Laws, Washington DC and Brussels, 4 June 1998.

НАЦИОНАЛНИ ПРАВНИ ИЗВОРИ

СЈЕДИЊЕНЕ АМЕРИЧКЕ ДРЖАВЕ (U.S.A.)

Правни извори које примењује Америчко Министарство правде – Одељење за заштиту конкуренције (U.S. Department of Justice, Antitrust Division)

A. Statutes Enforced by the Antitrust Division

1. Sherman Antitrust Act, 15 U.S. §§
2. Wilson Tariff Act, 15 U.S. §§
3. Clayton Act, 15 U.S. §§
4. Appeals, 15 U.S. §§
5. Depositions for Use in Suits in Equity Proceedings Open to the Public, 15 U.S. §§
6. Antitrust Civil Process Act, 15 U.S. §§ 1311-1314, as Amended
7. Council's Liability for Excessive Costs, 28 U.S. § 1927
8. International Antitrust Enforcement Assistant Act of 1994, 15 U.S. §§ 6201-6212

B. Statutes Affecting Antitrust Prosecutions

1. Related Criminal Offenses Prosecuted by the Antitrust Division II-49
2. Criminal Statutes to Protect the Integrity of Investigations and Prosecutions of the Antitrust Division
3. Procedural Statutes
4. Victims and Witness Rights
5. Sentencing

C. Antitrust Division Guidelines

1. Horizontal Merger Guidelines
2. Non-horizontal Merger Guidelines
3. Antitrust Guidelines for the Licencing of Intellectual Property Rights
4. Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations
5. Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies

Правни извори које примењује Федерална трговинска комисија (Federal Trade Commission)

1. Clayton Act (15 U.S.C. §§ 12-27 (as amended by Robinson-Patman Act, 49. Stat. 1528, 15 U.S.C. §§ 13, 13b, and 21a)
2. Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 (15 U.S.C. § 18a as amended)
3. Webb-Pomerene Act (15 U.S.C. §§ 61-66, as amended)
4. National Cooperative Research and Production Act of 1993 (15 U.S.C. §§ 4301-4306)
5. International Antitrust Enforcement Assistance Act of 1994 (15 U.S.C. §§ 46, 57b-1, 1311, 1312, 6201, 6201 note, 6202-6212)
6. Interstate Commerce Commission Termination Act of 1995 (codified at scattered sections of the U.S. Code, particularly 49 U.S.C. §§ 10101-11917)
7. Standards Development Organization Act of 2004 (codified to 15 U.S.C. §§ 4301-4306)

ВЕЛИКА БРИТАНИЈА

1. Competition Act 1998.
2. Enterprise Act 2002.

НЕМАЧКА

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB, Federal Law Gazette (*Bundesgesetzblatt, BGBl.*) 2005, Part. I, 1954-1969.

СЛОВЕНИЈА

Prevention of the Restriction of Competition Act (ZPOmK-1), *Official Gazette of the Republic of Slovenia No. 36/08 and ZPOmK-1A (UL RS No. 40/09)*.

СРБИЈА

1. Закон о заштити конкуренције („Сл. гласник РС“, бр. 79/2005).
2. Закон о заштити конкуренције („Сл. гласник РС“, бр. 51/2009).

2. СЕКУНДАРНИ ИЗВОРИ докум. грађе: (Литература о предмету)

К Њ И Г Е

BARNARD, Catherine: *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford University Press, 2004.

BHANDARI, J., and Sykes, A. (eds.): *Economic Dimensions in International Law*, Cambridge University Press, 1997.

BOGAN, F. James and Michael Ferill: *Business Torts and Unfair Competition Handbook*, American Bar Association, 2006.

BORK, R. H: *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books, 1978, reprinted with a new Introduction and Epilogue, 1993.

BRATTON, William *et al.* – *International Regulatory Competition and Coordination: Perspectives on Economic Regulation in Europe and United States*, Clarendon Press Oxford, 1996.

BRODER, F. Douglas; Maitland-Walker, Julian: *A Guide to US Antitrust Law*, Sweet and Maxwell, 2005.

CARR, Indira; Stone Peter: *International Trade Law*, Routledge, 2005.

COOK, Paul *et al.* – *Leading Issues in Competition, Regulation, and Development*, Edward Elgar Publishing, 2004.

COWLING, Keith *et al.* – *Competition, Monopoly, and Corporate Governance*, Edward Elgar Publishing, 2003.

CRANDALL, W. Robert: *Competition and Chaos*, Brookings Institution Press, 2005.

CRANE, A. Daniel: *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, Oxford University Press, 2011.

CREW, Michael A.; Spiegel, Menahem: *Obtaining the Best From Regulation and Competition*. New York, NY Kluwer Academic Publishers, 2005.

ЂИРИЋ, Љ. Александар и Предраг Цветковић: *Међународно трговинско право – стручни есеји*, Ниш, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2001.

ЂИРИЋ, Љ. Александар и Радомир Ђуровић: *Међународно трговинско право – општи део*, Ниш, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2005.

ЂИРИЋ, Љ. Александар и Радомир Ђуровић: *Међународно трговинско право – посебни део*, Ниш, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2005.

ЂИРИЋ, Љ. Александар: *Међународно трговинско право – општи део*, Ниш, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2010.

ЂИРИЋ, Љ. Александар: *Међународно трговинско право – општи део*, Ниш, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2012.

ЦВЕТКОВИЋ, Н. Предраг: *Међународно право страних инвестиција*, Београд, Задужбина „Андрејевић“, 2007.

ЦВЕТКОВИЋ, Н. Предраг: *Увод у право Светске трговинске организације*, Ниш, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2010.

ДАВВАН, М. Maher: *EC and UK Competition Law*, Cambridge University Press, 2004.

ДАВВАН, М. Maher: *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge University Press, 2003.

- DABBAH, M. Maher: *International and Comparative Competition Law*, Cambridge University Press, 2010.
- DOHSE, Dirk *et al.* – *Innovation Clusters and Interregional Competition*, Springer, 2003.
- ECKHOFF, Johann and Christiane Moch: *Competition Policy in Europe*, Springer, 2004.
- EPSTEIN, A. Richard: *Competition Laws in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy*, American Enterprise Institute, 2004.
- EWING, P. Ky: *Competition Rules for the 21st Century, Principles from American Experience*, second edition, Kluwer Law International, 2006.
- FONTAINE, Marcel and De Ly, Filip: *Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses*, Transnational Publishers, New York, 2006.
- FREYER, A. Tony: *Antitrust and Global Capitalism, 1930-2004*, Cambridge University Press, 2006.
- FUGATE, L. Wilbur; Simowitz, H. Lee: *Foreign Commerce and the Antitrust Laws*, fifth edition, Aspen Publishers.
- GERBER, David J.: *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, Oxford University Press, 1998.
- GROSSMAN, M. Gene: *Imperfect Competition and International Trade*, MIT Press, 1992.
- HOLMES, Marjorie; Lesley, David (ed.): *Practical Guide to National Competition Rules Across Europe*, Kluwer Law International, 2004.
- HOVENKAMP, Herbert: *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, 2005.
- JACKSON, H. John: *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Massachusetts Institute of Technology, 1997.
- JANSEN, L. Christie; Hyman, A. Derek (ed.): *Patents, Technology and Commerce*, Nova Science, New York, 2009.
- JONES, Alison and Brenda Sufrin: *EC Competition Law – Texts, Cases and Materials*, Second Edition. Oxford University Press Inc., New York, 2004.
- JONES, C.A., and Matsushita, M. (eds.): *Competition Policy in the Global Trading System*, Kluwer International Law, 2002.
- JOVANOVIĆ-ZATILLA M, Чоловић В: *Стечајно право*, Београд, 2007.
- JOVANOVIĆ-ZATILLA, Milena, *Право потрошача*, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2013.
- KENNEDY, K: *Competition Law and the World Trade Organization: The Limits of Multilateralism*, Sweet and Maxwell, 2001.
- KIRZNER, M. Israel: *Competition and Entrepreneurship*, University of Chicago Press, 1978.
- MATSUSHITA, Mitsuo; Schoenbaum, J. Thomas; and Mavroidis, C. Petros: *The World Trade Organization – Law, Practice and Policy*, Oxford University Press, 2006.
- MAVROIDIS, Petros: *Trade in Goods: The GATT and the Other Agreements Regulating Trade in Goods*, Oxford University Press, 2007.
- МИЛАДИНОВИЋ, Зоран: *Субјективна права интелектуалне својине*, Ниш, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2004.
- МИЛЕНОВИЋ, Б. Дара: *Пословно право*, Ниш, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2001.

МИЋОВИЋ, Миодраг (прир.), *Зборник реферата 'Либерализам и заштита конкуренције'*, Научни скуп у Крагујевцу, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2010.

NOONAN, Chris: *The Emerging Principles of International Competition Law*, Oxford University Press, 2008.

O'KEEFE, David (ed.), *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley, Judicial Review in European Union Law*, Volume I, Kluwer Law International, 2000.

PERIŠIN, Tamara: *Free Movement of Goods and Limits of Regulatory Autonomy in the EU and WTO*, Hague, TMC Asser, 2008.

POLASKY, S: *Winners and Losers: Impact of the Doha Round on Developing Countries*, Washington, DC, Carnegie Endowment for International Peace, 2006.

ПОПОВИЋ, Витомир; Вукадиновић, Радомир: *Међународно пословно право – посебни део – Уговори међународне трговине*, Центар за право Европске уније у Крагујевцу, Крагујевац, 2010.

ПОПОВИЋ, Витомир; Вукадиновић, Радомир: *Међународно пословно право – општи део*, Бања Лука, Крагујевац, 2005.

PORTER, E. Michael: *On Competition*, A Harvard Business Review Book, 1998.

POSNER, A. Richard: *Antitrust Law*, 2nd ed., The University of Chicago Press, 2001.

РАДОВИЋ, Вук: *Мере одбране акционарског друштва од преузимања контроле*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2008.

SACKS, Luanne: *Unfair Competition Claims. 2004: California Section 17200; It's Impact on Consumers & Businesses Everywhere*, Practicing Law Institute (PLI), New York, 2004.

СЕРЈЕВИЋ, Владимир: *Основи економије*, СКЦ – Ниш, 2010.

СЕРЈЕВИЋ, Владимир: *Основи микроекономије*, СКЦ – Ниш, 2010.

SCHERER, F. M: *Competition Policies for an Integrated World Economy*, The Brookings Institution, 1994.

SIDAK, Gregory J., Christoph Engel, Gunter Knieps: *Competition and Regulation in Telecommunications*, Springer, 2001.

СПАСИЋ, Видоје: *Ауторска дела у дигиталном окружењу*, Центар за публикације Правног факултета, 2011.

СПАСИЋ, Видоје: *Ограничења овлашћења на умножавање ауторског дела за приватне потребе*, докторска дисертација, Нови Сад, 2003.

STIGLITZ, J. E; Charlton, A: *Fair Trade for All: How Trade Can Promote Development*, New York – Oxford University Press, 2005.

STIGLITZ, Joseph: *Globalization and Its Discontents*, W. W. Norton, 2003.

STIGLITZ, Joseph: *Making Globalization Work*, Penguin Books, 2006.

STOLL, Peter-Tobias; Busche, Jan; Arend Katrin (ets.): *WTO – Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.

SWEENEY, J. Brandon: *The Internationalisation of Competition Rules*, Routledge, 2009.

TAYLOR, Martyn: *International Competition Law – A New Dimension for the WTO?* Cambridge University Press, 2006.

THOMAS, Chantal; Trachtman, P. Joel (eds.): *Developing Countries in the WTO Legal System*, Oxford University Press, 2009.

TREBILCOCK, J. M.; HOUSE, Robert: *The Regulation of International Trade*, Routledge, 1999.

VARONA, Euderna Navaro, et. al.: *Merger Control in the European Union*, 2nd ed., Oxford University Press 2005.

ВАСИЉЕВИЋ, С. Мирко, *Компанијско право – Право привредних друштава*, четврто издање, Правни факултет Универзитета у Београду, 2009.

Вукадиновић Р, *Међународно пословно право, посебни део*, Крагујевац, 2009.

Вукадиновић, Р, *Право Европске уније*, Београд, 2005.

Вукадиновић, Р, *Међународно пословно право, општи део*, Крагујевац, 2005.

Вукадиновић, Р, *Увод у институције и право ЕУ*, Крагујевац, 2008.

VOIGHT, Stefan.; Schmidt, André: *Making European Merger Policy More Predictable*, Dordrecht, Norwell, MA Springer Science & Business Media, 2005.

WELLS, Wyatt: *Antitrust and the Formation of the Postwar World*, Columbia University Press, 2002.

WHISH, Richard: *Competition Law*, Oxford University Press, 2005.

WILKS, Stephen, G. Bruce Doern: *Comparative Competition Policy*, Oxford University Press, 1996.

WOLFRUM, Rudiger; Stoll, Peter-Tobias; Seiber-Fohr, Anja (etc., eds.): *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, Martinus Nijhoff, 2007.

ZANETTIN, Bruno: *Cooperation Between Antitrust Agencies at the International Level*, Hart Publishing, 2002.

Ч Л А Н Ц И

ASHENFELTER, Orley and Kathryn Graddy: „Anatomy of the Rise and Fall of a Price-fixing Conspiracy: Auctions at Sotheby’s and Christie’s“, *Journal of Competition Law and Economics*, 1(1), 3-20, Oxford University Press, 2005.

BASEDOW, Jürgen: „Competition Policy in a Globalized Economy: From Extraterritorial Application to Harmonisation“, *Право и привреда*, бр. 9-12/2004, 18-32. Удружење правника у привреди, 2004.

BODE, Mariana; Budzinski, Oliver: „Competing Ways Towards International Antitrust: the WTO versus the ICN“, *Marburg Papers on Economics*, No. 03-2005.

BRENNING-LOUKO, Magdalena *et al.*: „Vertical Agreements: New Competition Rules for the New Decade“, *Competition Policy Newsletter*, Number 2 – 2010.

BUXBAUM, L. Hannah: „National Courts, Global Cartels: F. Hoffman-LaRoche Ltd. v. Empagran, S.A. (U.S. Supreme Court 2004)“, *German Law Journal*, Vol. 05 No. 09, 2004, pp. 1095-1106.

CLARK, John: „Competition Advocacy: Challenges for Developing Countries“, *OECD Journal of Competition Law and Policy*, vol. 6, No. 4-ISSN 1560-7771-OECD 2005.

CLARKE L. Julian, Simon J. Evenett: „The Deterrent Effects of National Anti-Cartel Laws: Evidence from the International Vitamins Cartel“, *United Nations Conference on Trade and Development*, 2002.

CONNOR, M. John: „Extraterritoriality of the Sherman Act and Deterrence of Private International Cartels“, *Staff Paper 04-08*, University of Agricultural Economics, Purdue University, July 2004.

CONNOR, M. John: „Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels“, *J Ind Compet Trade*, (2006) 6: 195-223.

ЦВЕТКОВИЋ, Предраг: „Улога Светске трговинске организације у развоју међународног права конкуренције“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш, Правни факултет, 2008 – бр. 52 (2008), стр. 111-128.

ЦВЕТКОВИЋ, Предраг: „Извори права Светске трговинске организације и њихов значај за државе у транзицији“, *Балкан у процесу евроинтеграције: 20 година транзиције (зборник припремили и уредили Милорад Божих, Срђан Голубовић)*, Ниш, Филозофски факултет, 2009 – стр. 137-161.

ЦВЕТКОВИЋ, Предраг: „Начело највећег повлашћења у праву Светске трговинске организације: пример члана I:1 Општег споразума о царинама и трговини“, *Право и привреда*, Београд, Удружење правника у привреди Србије, 2010, год. 47, бр. 4-6 (2010), стр. 391-404.

ЦВЕТКОВИЋ, Предраг: „Остваривање равнотеже између начела слободне трговине и јавноправних интереса: пример права Светске трговинске организације“, *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права: тематски зборник радова*, св. 2, Ниш, Центар за правне публикације Правног факултета, 2010, стр. 387-420.

ЦВЕТКОВИЋ, Предраг: „Принцип специјалног третмана у праву Светске трговинске организације и његов значај за државе Западног Балкана“, *Балкан у процесу евроинтеграције: унутаррегионални односи (зборник припремили и уредили Милорад Божих, Срђан Голубовић)*, Ниш, Филозофски факултет, 2010, стр. 121-138.

ЦВЕТКОВИЋ, Предраг: „Правни режим страних инвестиција у прединвестиционој фази“, *Макропројект 'Стварање услова за развој модерног правног и друштвено-економског система Србије као демократске државе: зборник радова (електронски извор)*, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 2005, стр. 400-412.

ЋИРИЋ, Љ. Александар: „Спољнотрговинско пословање у условима глобализације“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш, 2004, бр. 44/2004, стр. 33-59.

ЋИРИЋ Љ. Александар: „Мере спољнотрговинских ограничења према новом законодавству Републике Србије“, *Право и привреда*, Удружење правника у привреди, Београд, бр. 5-8/2005, стр. 687-706.

ЋИРИЋ Љ. Александар: „Оснивање предузећа у иностранству према упоредном законодавству“, *Економика*, Ниш, 1992, бр. 3-4, стр. 5-11.

ЋИРИЋ Љ. Александар, Цветковић Предраг: „Битна повреда уговора у општим изворима међународног привредног уговорног права“, *Зборник радова, Актуелна питања грађанске кодификације*, Ниш, 2008.

ЋИРИЋ Љ. Александар: „Глобализација као амбијентални услов спољнотрговинског пословања и приватизације“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2004, стр. 1093-1111.

ЋИРИЋ Љ. Александар: „Унапређење регулативе и праксе спољно-трговинског пословања“, *Право и привреда*, бр. 5-8/1997.

ЋИРИЋ Љ. Александар: „Карактеристике јединственог тржишта Европске уније, Тематски зборник радова, 'Приступ правосућу, инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије', Ниш, 2009.

ЋИРИЋ Љ. Александар: „Уставни основ и правни режим страних улагања“, *Научно саветовање 'Уставно питање у Србији', Зборник радова*, Ниш, 2004, стр. 365-400.

ЋИРИЋ Љ. Александар: „Светска трговинска организација, као форум решавања међународних трговинских спорова“, *Тематски зборник радова, 'Приступ правосућу, инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије', Ниш, 2008.*

ЋИРИЋ Љ. Александар: „Слобода пружања услуга на тржишту Европске уније“, *Право Републике Србије и право Европске уније*, Правни факултет, Ниш, св. II, 2009, стр. 389-418.

ЋИРИЋ Љ. Александар: „Нови садржаји општих начела Међународног трговинског права“, *Правни живот, 'Право и међународне интеграције'*, Београд, Удружење правника Србије, 2008, том 4, бр. 12 (2008), стр. 235-254.

ЋИРИЋ, Aleksandar: „The Dispute Settlement Procedure Before the World Trade Organization“. *Yearbook on International Arbitration*, Antwerp, Vienna, European Academic Press, 2010, Vol. I (2010), pp. 57-74.

ЋИРИЋ Љ. Александар: „Стандард слободе међународне трговине и механизми његове заштите“, *Право и првредна*, Београд, Удружење правника у привреди Србије, 2010, бр. 4-6, стр. 342-358.

ЋИРИЋ Љ. Александар: „Транснационални трговински правни систем“, *Тематски зборник радова, 'Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права'*, Ниш, 2010, стр. 317-336.

ЋИРИЋ Љ. Александар: „Значај правила о пореклу робе у међународним трговинским односима“, *Тематски зборник радова, 'Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије'*, Књига 5, Ниш, 2010, стр. 435-458.

ЋИРИЋ, Aleksandar: „The Right of International Commercial Arbitration to Resolve the Issue of its Own Jurisdiction“, *Law of Ukraine*, Kyiv, 2011, No. 2 (2011), pp. 108-117.

ЋИРИЋ Љ. Александар: „Услуге као предмет међународног трговинског промета“, *Правни живот: тематски број, 'Право и одговорност'*, Београд, 2011, бр. 11, том 3, стр. 263-278.

ЋИРИЋ Љ. Александар: „Зоне слободне трговине као облици међународних трговинских интеграција“, *Правна ријеч*, Бања Лука, Удружење правника Републике Српске, 2011, бр. 29, стр. 23-42.

ЋИРИЋ Љ. Александар, Цветковић Предраг: „О праву Светске трговинске организације: *pro et contra* конституционалне природе“, *Право и првредна*, бр. 5-8/2009.

EVANS, S. David and A. Jorge Padilla: „Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules“, *Journal of Competition Law and Economics*, 1(1), 149-171, Oxford University Press, 2005.

FEENSTRA, C. Robert: „Integration of Trade and Disintegration of Production in the Global Economy“, *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 12, No. 4, 1998. pp. 31-50.

GERBER, J. David: „The US – European Conflict Over the Globalization of Antitrust Law: A Legal Experience Perspective“, *New England Law Review*, Vol. 34:1, 1999, pp. 123-143.

GINSBURG, H. Douglas: „Comparing Antitrust Enforcement in the United States and European Union“, *Journal of Competition Law and Economics*, 1(3), 427-439, Oxford University Press, 2005.

GUZMAN, T. Andrew: „International Antitrust and the WTO: The Lesson from Intellectual Property“. *Working Paper Series*, U.C. Berkeley Law and Economics, Working Paper 2000-20.

HART, M. David: „Antitrust and Technological Innovation in the US: Ideas, Institutions, Decisions and Impacts, 1890-2000“, *Research Policy*, 1286 (2001), pp. 1-14.

HAUSMAN, A. Jerry and J. Gregory Sidak: „Did Mandatory Unbundling Achieve It's Purpose? Empirical Evidence from Five Countries“, *Journal of Competition Law and Economics*, 1(1), 173-245, Oxford University Press, 2005.

HOEKMAN, Bernard: „Free Trade and Deep Integration: Antidumping and Antitrust in Regional Agreements“, *World Bank and CEPR*, 1998.

HOEKMAN, Bernard; Mavroidis, C. Petros: „Economic Development, Competition Policy and the WTO“, *World Bank Policy Research Working Paper*, 2917, October 2002.

HUFFMAN, Max: „A Standing Framework for Private Extraterritorial Antitrust Enforcement“, *SMU Law Review*, Vol. 60, 2007, pp. 103-156.

HUMMELS, David; Levinsohn, James: „Monopolistic Competition and International Trade: Reconsidering the Evidence“, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 110, No. 3, 1995, pp. 799-836.

JOVANOVIĆ-ZATILLA, Milena: „Понашање привредних субјеката у условима нелојалне конкуренције“, *Правна ријеч*, Бања Лука, Удружење правника Републике Српске, 2012, год. 9, бр. 32 (2012), стр. 573-588.

JOVANOVIĆ-ZATILLA, Milena: „Мере колективне заштите потрошача“, *Правни живот*, Београд, Удружење правника Србије, 2011, бр. 7-8 (2011), стр. 147-164.

JOVANOVIĆ-ZATILLA, Milena: „Оглашавање и конкуренција“, *Право и привреда*, Удружење правника у привреди Србије, 2010, год. 47, бр. 7-9 (2010), стр. 601-618.

JOVANOVIĆ-ZATILLA, Milena: „Ограничавање слободне трговине и заштита потрошача“, *Право и привреда*, Удружење правника у привреди Србије, Београд, 2007.

JOVANOVIĆ-ZATILLA, Milena: „Закључивање уговора у електронској форми као императив савремене трговине“, *Зборник радова – Макропројект: Стварање услова за развој модерног правног и друштвено-економског система Србије као демократске државе*, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета у Нишу, Ниш, 2006.

JOVANOVIĆ-ZATILLA, Milena: „Непоштена трговинска пракса“, *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права: Зборник сажетака*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2010.

KATZ, Ariel: „The Potential Demise of Another Natural Monopoly: New Technologies and the Administration of Performing Rights“, *Journal of Competition Law and Economics*, 2(2), 245-284, Oxford University Press, 2006.

KLEES, M. Andreas: „Breaking the Habits: The German Competition Law after the 7th Amendment to the Act Against Restraints of Competition (GWB)“, *German Law Journal*, Vol. 07 No. 04, 2006, pp. 399-419.

МАРКОВИЋ-БАЈАЛОВИЋ, Дијана: „Одређивање релевантног тржишта – где завршава право, где почиње економија“, *Зборник радова са Научног скупа 'Либерализам и заштита конкуренције'*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2010, стр. 247-261.

MEESE, J. Alan: „Market Failure and Non-standard Contracting: How the Ghost of Perfect Competition Still Haunts Antitrust“, *Journal of Competition Law and Economics*, 1(1), 21-95, Oxford University Press, 2005.

MONTINI, Massimiliano: „Globalization and International Antitrust Cooperation“, *International Conference 'Trade and Competition in the WTO and Beyond'*, Venice, December 4th-5th, 1998.

PANZAR, C. John and J. Gregory Sidak: „When Does an Optimal Tariff not Lead to a Pareto improvement? The Ambiguous Effects of Self-Selecting Nonlinear Pricing When Demand is Interdependent or Firms Do Not Maximize Profit“, *Journal of Competition Law and Economics*, 2(2), 284-299, Oxford University Press, 2006.

ПОПОВИЋ, Витомир: „Споразум о стабилизацији и придруживању као извор комунитарног права“, *Право и привреда*, Врњачка Бања, 2006, стр. 602-619.

ПОПОВИЋ, Витомир: „Споразум о стабилизацији и придруживању као извор пословног права“, *Право и привреда*, Врњачка Бања, 2010, стр. 332-349.

ПОПОВИЋ, Витомир и МАРИЋ, С: „Страна улагања и њихов значај за развој привреде“, *Правни живот*, Копаоничка школа природног права, Копаоник, 2009, стр. 503-516.

ПОПОВИЋ, Витомир: „Концесије као посебни облици страних улагања“, *Право и привреда*, Врњачка Бања, 2009, стр. 495-504.

ПОПОВИЋ, Витомир: „Уговор о франшизингу као извор међународног пословног права“, Октобарски правнички дани, *Правна ријеч*, Бања Лука, 2010, бр. 25/2010, стр. 9-18.

ПОПОВИЋ, Витомир: „Задруге као субјект пословног права“, *Будвански правнички дани*, Будва 2012, стр. 275-283.

ROSENBERG, David and James P. Sullivan: „Coordinating Private Class Action and Public Agency Enforcement of Antitrust Law“, *Journal of Competition Law and Economics* 2(2), 159-187, Oxford University Press, 2006.

SCOTT, Andrew: „The Evolution of Competition Law and Policy in the United Kingdom“, *LSE Law Society and Economy Working Papers*, 9/2009, London School of Economics and Political Science Law Department.

SCHERER, M. Frederic, „International Competition Policy and Economic Development“, *Discussion Paper No. 96-26*, Paper to be presented at the East-West Center Conference on International Trade Policy, Maui, Hawaii, USA, August 8, 1996.

SCHINKEL, Maarten Pieter: „Effective Cartel Enforcement in Europe“, *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper Series*, Working Paper No. 2006-14, 2007.

SINGER, J. Hal: „The Competition Effects of a Cable Television Operator’s Refusal to Carry DSL Advertising“, *Journal of Competition Law and Economics*, 2(2), 301-331, Oxford University Press. 2006.

SOKOL, D. Daniel: „Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age“, *Legal Studies Research Paper Series*, University of Wisconsin Law School, Paper No. 1034, February 2007.

SOKOL, D. Daniel: „Order without (Enforceable) Law: Why Countries Enter into Non-Enforceable Competition Policy Chapters in Free Trade Agreements“, *Legal Studies Research Paper Series*, School of Law University of Missouri – Columbia, Research Paper No. 2007-13.

SOKOL, D. Daniel: „What Do We Really Know About Export Cartels and What is the Appropriate Solution?“, *Journal of Competition Law and Economics*, 4(4), 967-982, Oxford University Press, 2008.

СПАСИЋ, Видоје: „Сузбијање нелојалне утакмице у савременом праву“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Правни факултет у Нишу, 1991 – бр. 31, стр. 153-160.

СПАСИЋ, Видоје, ВУЈИСИЋ, Драган: „Иновативност – кључна детерминанта унапређења конкурентности“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 2012 – бр. 59 (2012), стр. 73-88.

СПАСИЋ, Видоје: „Пренос жига – марке производа и услуга“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Правни факултет у Нишу, 1996, бр. 34-35 (1994-1995), стр. 213-224.

СПАСИЋ, Видоје: „Основи доктрине ‘Fair Use’ о ограничавању имовинско правних овлашћења аутора“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Правни факултет у Нишу, 2001, бр. 40-41 (2000-2001), стр. 215-234.

СПАСИЋ, Видоје: „Директива о хармонизацији извесних аспеката ауторског и сродних права у информатичком друштву“, *Европско законодавство*, Београд, Институт за међународну политику и привреду, 2002, бр. 2 (2002), стр. 86-89.

СПАСИЋ, Видоје: „Меродавно право за међународне ауторскоправне односе“, *Право и привреда*, Београд, Удружење правника у привреди Србије и Црне Горе, 2002 – год. 39, бр. 9/12 (2002), стр. 636-652.

СПАСИЋ, Видоје: „Правни положај потрошача у условима електронске трговине“, *Научна конференција „Изградња правног система Републике Србије“ – Зборник радова*, Ниш, Правни факултет, бр. 49 (2007), стр. 271-290.

WAELBROECKP, Denis: „Michelin II: A Per se Rule Against Rebates by Dominant Companies?“, *Journal of Competition Law and Economics*, 1(1), 149-171, Oxford University Press, 2005.

WALLER, Weber Spencer: „The Twilight of Comity“, *Columbia Journal of Transnational Law*, 38, 2000, pp. 563-579.

WALLER, Spencer Weber: „An International Common Law of Antitrust“, *New England Law Review*, Vol. 34:1, 1992, pp. 163-171.

WALLER, Spencer Weber: „The Internationalization of Antitrust Enforcement“, *Boston University Law Review*, Vol. 77:343, 1997, pp. 343-404.

WENNER, Frederique; Van Barlingen, Bertus: „European Court of Justice confirms Commission’s Approach on Parental Liability“, *Competition Policy Newsletter*, Number 1 – 2010, pp. 23-27.

WISE, Michael: „Competition Law and Policy in Germany“, *OECD Journal of Competition Law and Policy*, vol. VII, No. 2-ISSN 1560-7771, OECD 2005 7.

WOOD, P. Diane: „The Role of Economics and Economists in Competition Cases“, *OECD Journal of Competition Law and Policy*, OECD, 1999, vol. 1, no. 1, 230.

WOOLCOCK, Stephen: „International Competition Policy and the World Trade Organization“, *Paper for the LSE Commonwealth Business Council Trade Forum in South Africa*.

WURMNEST, Wolfgang: „A New Era for Private Antitrust Litigation in Germany? A Critical Appraisal of the Modernized Law Against Restraints of Competition“, *German Law Journal*, Vol. 6, No. 8, pp. 1173-1190.

ZISS, Steffen: „Horizontal Mergers and Successive Oligopoly“, *Journal of Industry, Competition and Trade*, 99-144, Springer Science + Business Media, Inc., 2005.

ОБЈАВЉЕНИ ИЗВОРИ

European Commission, *Competition Policy Newsletter*. 2001, No. 1.

European Commission. *Competition Policy and the New Trade Order: Strengthening International Competition Rules*, Group of Experts, 1995.

European Commission. *EU Competition Law Rules Applicable to Merger Control, Situation as at 1 April 2010*, Competition Handbooks, Brussels, 2010.

International Competition Network. *Competition Policy Implementation Working Group, Subgroup 3 – Competition Advocacy in Regulated Sectors, Competition Advocacy Review – Case Studies on Regulated Sectors*.

International Competition Network. *Anti-cartel Enforcement Manual*, March 2010.

International Competition Network. The Unilateral Conduct Working Group, Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies, May 2007.

International Competition Network. Defining Hard Core Cartel Conduct, Effective Institutions, Effective Penalties, June 2005.

Organisation for Economic Co-operation and Development. Recommendation on Hard-Core Cartels, 1998.

OECD *Draft Report on the nature and impact of hard-core cartels and the sanctions under national competition laws*, Paper for the Global Competition Forum, 2001 CCNM/GF/COMP(2001) 3 2 October 2001.

Organisation for Economic Co-operation and Development - Directorate for Financial and Enterprise Affairs - Competition Committee. Annual Report on Competition Policy Developments in the United States (2003-2004). OECD, DAF/COMP(2005)18/07, 2005.

Organisation for Economic Co-operation and Development. Trade and Competition: From Doha to Cancún. 142003101P1/ISBN-9264102787 - OECD 2003.

Organisation for Economic Co-operation and Development (Directorate for Financial and Enterprise competition committee). Annual Report on Competition Policy Developments in Germany – July 2004-June 2005. DAF/COMP(2005)32/01.

Solano, O. and A. Sennekamp (2006), "Competition Provisions in Regional Trade Agreements", OECD Trade Policy Working Papers, No. 31, OECD Publishing, 2006. doi:10.1787/344843480185.

Organisation for Economic Co-operation and Development. Restructuring Public Utilities for Competition. OECD, 2001.

Organisation for Economic Co-operation and Development. Regulatory Reform in the United States – The role of Competition policy in regulatory reform. OECD, 1999.

Organisation for Economic Co-operation and Development. Secretariat of the OECD. Competition Law and Policy in the European Union - 2005.

Organisation for Economic Co-operation and Development. OECD Proceedings. The Competitiveness of Transition Economies, OECD, 1998.

Organisation for Economic Co-operation and Development. Trade and Competition Policies – Options for a Greater Coherence. OECD, 2001.

Organisation for Economic Co-operation and Development. Roundtable on Competition Policy, Industrial Policy and National Champions, DAF/COMP/GF(2009)9.

Organisation for Economic Co-operation and Development. Crisis Cartels, DAF/COMP/GF(2011)3.

Organisation for Economic Co-operation and Development. Crisis Cartels, DAF/COMP/GF(2011)4.

Organisation for Economic Co-operation and Development. Crisis Cartels, DAF/COMP/GF(2011)5.

Conway, P. *et al.* (2010), „Product Market Regulation and Competition in China“, *OECD Economics Department Working Papers*, No. 823, OECD Publishing.

Organisation for Economic Co-operation and Development. Hard Core Cartels – Third Report on the Implementation of the 1998 OECD Recommendation, *OECD Journal of Competition Law and Policy* – Vol. 8, No. 1 – ISSN 1560-7771, OECD 2006.

Organisation for Economic Co-operation and Development. The Objectives of Competition Law and Policy and the Optimal Design of a Competition Agency, *OECD Journal of Competition Law and Policy* – Vol. 5, No. 1 – ISSN 1560-7771, OECD 2003.

Organisation for Economic Co-operation and Development. Council Recommendation on Merger Review, *OECD Journal of Competition Law and Policy* – Vol. 7, No. 3 – ISSN 1560-7771, OECD 2005.

Organisation for Economic Co-operation and Development. Competition Law and Policy in Germany, *OECD Journal of Competition Law and Policy* – Vol. 7, No. 2 – ISSN 1560-7771, OECD 2005.

Organisation for Economic Co-operation and Development. Competition Advocacy: Challenges for Developing Countries, *OECD Journal of Competition Law and Policy* – Vol. 6, No. 4 – ISSN 1560-7771, OECD 2005.

United Nations Conference on Trade and Development. Can Developing Economies Benefit from WTO Negotiations on Binding Disciplines for Hard Core Cartels? UNCTAD/DITC/CLP/2003/3, United Nations, New York and Geneva, 2003.

United Nations Conference on Trade and Development. Empirical Evidence of the Benefits from Applying Competition Law and Policy Principles to Economic Development in Order to Attain Greater Efficiency in International Trade and Development. TD/B/COM.2/EM/10/Rev. 1, 1998.

United Nations Conference on Trade and Development.. Model Law on Competition. TD/RBP/CONF. 7/8, United Nations, New York and Geneva, 2010.

UNCTAD. Experience Gained so Far on International Co-operation on Competition Policy Issues and Mechanism Used, Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy, TD/B/COM.2/CLP/21/REV 1 19 April 2002.

ПРИЛОГ

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Докторски рад под називом „Правна заштита конкуренције у међународној трговини“, аутора Вање В. Серјевић, завршен је марта 2013. године и, са одређеним техничким изменама (у складу са предлозима ментора), предат у коначној верзији јуна 2013. године ради израде Извештаја Комисије о оцени докторске дисертације са предлогом за њену одбрану. У том смислу, аутор наглашава да је рад завршен *пре* последњих измена Закона о заштити конкуренције које су усвојене октобра 2013. године – доношењем Закона о изменама и допунама Закона о заштити конкуренције („Сл. гласник РС“, бр. 95/2013 од 31.10.2013. године).

Намера је аутора да јавности омогући потпуни увид у садржину домаћег права о заштити конкуренције, укључујући и битне измене настале у периоду од дана завршетка рада до дана јавне одбране. У том циљу, аутор у овом Прилогу даје преглед најважнијих измена Закона о заштити конкуренције, уз напомену да је највећи део одредби Закона из 2009. године остао непромењен и након измена из 2013. године.

Промене настале доношењем Закона о изменама и допунама Закона о заштити конкуренције (на снази тј. у примени од 08.11.2013. године) последица су недоречености или несагласности Закона о заштити конкуренције („Сл. гласник РС“, бр. 51/2009) са европским правом конкуренције, на које је у раду указано. У том смислу, измене Закона представљају и својеврсну потврду исправности закључака аутора дисертације, добијених упоредном анализом домаћег и европског права конкуренције. Међутим, нису сви недостаци домаћег закона отклоњени последњим изменама, тако да дисертација у том делу и даље нуди препоруке аутора за унапређење законског текста, као и за унапређење примене закона у пракси Комисије за заштиту конкуренције и Управног суда.

Поред тога, у истом периоду, Уставни суд Србије је Одлуком бр. 1Уз 51/2012 („Сл. гласник РС“, бр. 49/2013 од 05.06.2013. године) утврдио да одредбе члана 494-505 Закона о парничном поступку („Сл. гласник РС“, бр. 72/11) *нису у сагласности са Уставом*. На ову промену аутор указује у вези са институтом колективне тужбе (као

правног инструмента за покретање судског поступка за накнаду штете због повреде конкуренције) – који се у дисертацији помиње на 360. страни.

ПРЕГЛЕД НАЈВАЖНИЈИХ ИЗМЕНА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ (ЗЗК)

(по Закону о изменама и допунама ЗЗК, „Сл. гласник РС“, бр. 95/2013)

Прво, измењене су одредбе члана 15 Закона о заштити конкуренције – којима је дефинисан *појам доминантног положаја* на тржишту. Дефиниција доминантног положаја у члану 15 став 1 Закона из 2009. године (као положаја учесника на тржишту који нема конкуренцију или је конкуренција безначајна, односно који има значајно бољи положај у односу на конкуренте, узимајући у обзир величину тржишног удела, економску и финансијску снагу, приступ тржиштима снабдевања и дистрибуције, као и правне или чињеничне препреке за приступ других учесника на тржишту) – била је идентична одредбама члана 19(2) немачког Закона против ограничавања конкуренције. Према одредбама члана 15 став 2 и 3 домаћег Закона из 2009. године, претпостављало се да учесник на тржишту има доминантан положај, ако је његов тржишни удео на релевантном тржишту 40% или више, односно, да два или више учесника на тржишту имају колективну доминацију ако је њихов укупни тржишни удео 50% или више, а између њих не постоји значајна конкуренција. Изменама Закона из 2013. године ова дефиниција је уподобљена правилу из тачке 10 Упутстава Европске комисије о примени члана 82 ЕЗ (из 2009. године) и сада кореспондира одредби члана 9(2) словеначког Закона о спречавању ограничавања конкуренције. Према новој дефиницији, доминантан положај има учесник на тржишту који, због своје тржишне снаге, може да обавља делатност на релевантном тржишту у значајној мери независно у односу на стварне или потенцијалне конкуренте, купце, добављаче или потрошаче.

Друго, допуњен је *појам концентрације* у члану 17 Закона, тако што се концентрацијом, поред већ раније дефинисаних промена, сматра и стицање од стране једног или више учесника на тржишту, непосредне или посредне контроле над делом, односно деловима других учесника на тржишту, који могу представљати самосталну пословну целину.

Треће, измењена је одредба члана 38 став 8 Закона, тако што је прописано да против закључка Комисије о питањима у вези са управљањем поступком, привременим мерама и извођењем доказа *није дозвољена посебна жалба*, осим ако овим законом није другачије прописано – чиме је омогућена већа ефикасност поступка пред Комисијом (према ранијој одредби, важило је *обрнуто* – против наведене врсте закључка је била дозвољена жалба, ако овим законом није другачије прописано).

Четврто, *понављање поступка* пред Комисијом је сада дозвољено и због повреде појединачног изузећа, док је ранијом одредбом члана 46 Закона *понављање* било дозвољено само услед повреде условног одобрења концентрације.

Пето, допуњена је одредба члана 70 став 1 тачка 1) Закона из 2009. године, тако што је Комисији дато овлашћење за изрицање *мере процесног пенала* и у случају спречавања или ометања службених лица Комисије у вршењу *увиђаја*, чиме је отклоњен пропуст на који је указано у дисертацији.

Шесто, измењена је одредба члана 62 став 4 Закона из 2009. године, тако што је прописани рок од три месеца за доношење решења у поступку испитивања концентрације (рачунајући од дана доношења закључка о покретању испитног поступка) – *продужен на четири месеца*, чиме је отклоњен пропуст законодавца да овај рок временски усклади са одредбама члана 66 Закона (којима је предвиђено *условно* одобрење концентрације).

Седма, и посебно важна измена члана 58 Закона, тиче се *прекида поступка* испитивања повреде конкуренције на основу *предлога обавеза које је странка спремна да предузме ради отклањања могућих повреда конкуренције (са условима и роковима за њихово испуњење)*. Ово је значајна новина у односу на Закон из 2009. године, али се чини да претходни пропуст законодавца није отклоњен на исправан начин.

На предметни пропуст је, наиме, у дисертацији указано у вези са чланом 38 став 2 Закона о заштити конкуренције из 2009. године, којим је предвиђено да ће Комисија, пре доношења решења у поступку због повреде конкуренције, *обавестити* странку о битним чињеницама, доказима и осталим елементима на којима ће засновати решење и позвати је да се *изјасни у остављеном року*. Уочен је, у вези са тим, пропуст законодавца да предвиди могућност да странка у *одговору на обавештење* прихвати

налаз Комисије и понуди да преузме одговарајуће обавезе којима ће отклонити опасност настанка штетних последица на конкуренцију. У дисертацији је указано да је наведени начин окончања поступка предвиђен у члану 39 словеначког Закона, члану 32б немачког Закона и члану 9 Уредбе ЕУ 1/2003 о примени правила о конкуренцији у члану 81 и 82 Уговора ЕЗ.

Супротно овим одредбама упоредног националног и европског права конкуренције, измене и допуне Закона из 2013. године садрже одредбу у члану 58 став 2, којом је предвиђено да странка може да стави предлог обавеза које је спремна да прихвати *најкасније пре пријема обавештења из члана 38 став 2 овог закона* – чиме је, практично, обесмишљена примена новог института окончања поступка усвајањем предлога странке. Ово запажање аутор закључује напоменом о томе како је *требало да гласи* одредба члана 58 став 2 Закона: „Предлог из става 1. овог члана, странка може да стави најкасније до истека рока за достављање изјашњења странке на обавештење Комисије из члана 38. став 2. овог закона“ – **уместо** садашње одредбе која гласи: „Предлог из става 1. овог члана, странка може да стави најкасније пре пријема обавештења из члана 38. став 2. овог закона.“

ЗАКЉУЧАК

Поред претходно наведеног пропуста (у оквиру описа *седме* измене ЗЗК), изменама и допунама Закона о заштити конкуренције из 2013. године *нису отклоњени ни други, веома битни недостаци* Закона из 2009. године на које је указано у дисертацији, као што су:

- 1) сувишно и преопширно *дефинисање појма учесника на тржишту* у вези са персоналном применом права конкуренције;
- 2) одсуство овлашћења Комисије да *поништи* раније донету одлуку о одобравању концентрације;
- 3) непостојање *јасних и разумних оквира испитивања концентрација прецизним временским ограничењем појединих фаза тог поступка*;
- 4) одсуство потпуних одредби о *заштити пословне тајне и пословних података* који чине саставни део доказног материјала прикупљеног у испитном поступку пред Комисијом;
- 5) одсуство потпуних одредби о новом институту *накнаде штете* због повреде конкуренције, итд.

Битну недоследност домаћег права конкуренције представља и *изостављање теста претпостављеног монополисте* из Уредбе о критеријумима за одређивање релевантног тржишта, чиме је одступљено од европског стандарда у процени могућности супституције тражње и понуде (прописаног у Обавештењу Комисије о дефиницији релевантног тржишта из 1997. године) – који, уједно, представља и *општи (универзални) стандард* у примени права конкуренције.

БИОГРАФИЈА АУТОРА

Вања В. Серјевић рођена је у Крушевцу, 07. марта 1977. године. Основну школу и Гимназију завршила је у Зајечару, као одличан ученик и носилац Вукове дипломе. На Правном факултету у Нишу дипломирала је 2000. године са просечном оценом 9,80. Ради у Привредном суду у Нишу од 2001. године, а 2010. године изабрана је за судију тог суда. Енглески језик је усавршавала током редовног школовања и стекла диплому Универзитета у Кембриџу 1999. године (Certificate of Proficiency in English). До сада је објавила 17 стручних радова из разних области привредног права и учествовала на више научних конференција у организацији Правног факултета у Нишу.

ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ

Изјављујем да је докторска дисертација, под називом:

„Правна заштита конкуренције у међународној трговини“ –

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација, ни у целини, ни у деловима, није била предложена за добијање било које дипломе, према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршила ауторска права, нити злоупотребила интелектуалну својину других лица.

У Нишу, 01.09.2014. год.

Аутор дисертације:

Вања В. Серјевић

Потпис докторанда:

ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ШТАМПАНЕ И ЕЛЕКТРОНСКЕ ВЕРЗИЈЕ ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ

Име и презиме аутора:
Вања В. Серјевић

Студијски програм:
Међународно трговинско право

Наслов рада:
„Правна заштита конкуренције у међународној трговини“

Ментор:
Др Александар Ћирић, редовни професор Правног факултета у Нишу

Изјављујем да је штампана верзија моје докторске дисертације истоветна електронској верзији, коју сам предала за уношење у Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци, који су у вези са добијањем академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада, и то у каталогу Библиотеке, Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Нишу, као и у публикацијама Универзитета у Нишу.

У Нишу, 01.09.2014. год.

Аутор дисертације:
Вања В. Серјевић

Потпис докторанда:

ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Никола Тесла“ да, у Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу, унесе моју докторску дисертацију, под насловом:

„Правна заштита конкуренције у међународној трговини“ –

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предала сам у електронском формату, погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију, унету у Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу, могу користити сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons), за коју сам се одлучила.

1. Ауторство
2. Ауторство – некомерцијално
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима
5. Ауторство – без прераде
6. Ауторство – делити под истим условима

У Нишу, 01.09.2014. год.

Аутор дисертације:
Вања В. Серјевић

Потпис докторанда: