

*Др Дијана Марковић-Бајаловић,
доцент Правног факултета, Српско Сарајево*

Хармонизација права конкуренције држава чланица Европске уније

Потреба хармонизације

Потреба хармонизације југословенског права са правом Европске уније је последњих година стекла статус неспорне категорије.¹⁾ Опредељење за отпочињање процеса хармонизације је институционализовано у облику Комисије за хармонизацију формиране 1998. године. Ми ипак сматрамо да је потребно говорити како о аргументима за хармонизацију, тако и о аргументима против ње, не зато да би доводили у питање саму потребу хармонизације, већ да би боље одредили садржину тог процеса и његов домашај.

У западноевропској теорији се о потреби хармонизације говори са становишта поделе надлежности између Европске заједнице и држава - чланица, односно федералне државе и њених чланица.²⁾ Разлози за хармонизацију тако постају критеријум за идентификацију правних власти у којима је потребно у већој или мањој мери извршити приближавање правних решења, на основу чега се даље одређују методи и средства хармонизације.³⁾

1. Види зборник радова “Усклађивање права СР Југославије са правом Европске уније”, Правни факултет у Нишу, 1999.
2. Вухбаум, Норт, “Legal Harmonization and the Business Enterprise”, “Integration Through Law”, Berlin, Njujork, 1988.
3. О методима и средствима хармонизације види код: Вукадиновић, Р, “Појам и значај усклађивања (хармонизације) домаћег права са правом Европске уније”, “Усклађивање права...”, op.cit., стр. 35-50

Творци нормативне економске теорије, Бернхолз и Фабер, тако, сматрају да правна правила помоћу којих се отелотворује принцип “правне државе” (*Rechtsstaat*), или државе - ноћног чувара (*Night-watchman state*), треба да буду потпуно унификована, док правна правила помоћу којих држава остварује социјалну функцију (*Versorgungsstaat, Welfare state*), треба да буду унификована само у ограниченом обиму и под извесним условима.⁴⁾ По њима, предности уједначавања правних решења у области привредног права су: заштита слободе појединца, повећање правне сигурности и познавања права и пораст привредне ефикасности. Остваривање сваке од наведених предности тражи различит ниво правног уједначавања. Аргументи повећања правне сигурности и бољег познавања права оправдавају хармонизацију у готово свим областима права. Аргумент повећања привредне ефикасности се не може прихватити *a priori*, већ је потребно испитати колико хармонизација права доприноси побољшању сваког од бројних фактора привредне ефикасности.

Од стварања Европске економске заједнице, хармонизација националних права држава чланица образлаже се потребом успостављања и функционисања јединственог тржишта.⁵⁾ Јединствено тржиште не представља циљ сам по себи, већ служи остварењу других, виших циљева, међу којима и повећању ефикасности европске привреде. На старту европске интеграције, теорија се позабавила питањем узрочно-последичног односа успостављања јединственог тржишта и појединих фактора привредне ефикасности. Тако је Сцитовски⁶⁾ истицао да уклањање националних баријера слободној трговини између држава чланица не може имати дејства на факторе као што су природна богатства и транспортни трошкови, па ни на производне технике (због релативно уједначеног степена индустријализације држава оснивача), али да може значајно да промени (побољша) конкуритивну структуру и понашање привредних субјеката. Подстицање конкуренције је највећа добробит од економске интеграције, одакле произлази важност њеног регулисања од стране органа Заједнице и неопходност уклањања препрека које њеном одвијању постављају национална права.⁷⁾

Но, задатак очувања и подстицања конкуренције на унутрашњем тржишту Заједнице се може схватити двојачко: као потреба стварања и одржавања повољне конкуритивне структуре тржишта и као потреба заштите конкурентских могућности појединих тржишних субјеката. Од начина разумевања задатка зависиће и степен и обим хармонизације. Уколико се прихвати прво значење, неопходна је унификација правних правила којима се непосредно регулише конкуритивна структура тржишта (право против ограничавања конкуренције). Прихватањем другог значења даје се мандат за хармонизацију готово свих прописа којима држа-

4. Bernholz, Faber, “Ueberlegungen zu einer normativen Oekonomischen Theorie der Rechtsvereinheitlichung”, *Rabels Zeitschrift*, 1986, стр. 35-60

5. Члан 100. Уговора о оснивању ЕЗ

6. Scitovsky, T., “Economic Theory and Western European Integration”, London, 1958.

7. Buxbaum, Нopt, *op.cit.*, стр. 11

ве чланице регулишу привредну активност, са образложењем да строжији услови обављања привредне делатности у једној држави чланици умањују конкурентске могућности предузећа из те државе.⁸⁾

С друге стране, примећује се да одсуство хармонизованих правних решења само по себи представља препреку успостављању јединственог тржишта и умањује привредну ефикасност. Мултиплицитет правних система изазива додатне трошкове за привредне субјекте који обављају делатност на унутрашњем тржишту, јер треба да се упознају не са једним, већ са више правних система. Информације о страном праву су скупе и могу представљати озбиљно финансијско оптерећење за мања и средња предузећа. С тог аспекта посматрано, било би оправдано хармонизовати већину области јавног и приватног права.⁹⁾

Аргументи против хармонизације нису занемарљиви. Ако се принцип конкуренције са терена економије пренесе на терен права, јавља се идеја о конкуренцији различитих правних режима.¹⁰⁾ Различити ниво успешности друштвених заједница у којима ти режими владају доприноси свесном опредељењу привредних субјеката за неки од њих: “Фирме ће мигрирати, макар путем експанзије... Суд потрошача и фирми ће показати који је национални систем регулативе најбољи у очима потрошача и произвођача: национална регулатива мора проћи лакмусов тест приватних субјеката који гласају својим новчаницима и својим стопалима.”¹¹⁾ Јавни субјекти тада могу одлучити да приступе адаптацији правног система по угледу на правни систем успешнијег друштва. Може се приметити да у и овом случају, у крајњој консеквенци, долази до хармонизације, али да она није наметнута, већ се врши добровољно.¹²⁾

Обавеза хармонизације

Општи правни основ за утврђивање обавезе хармонизације права држава чланица садржан је у члановима 94-97 Уговора о оснивању ЕЗ. Савет, одлучујући једногласно, доноси упутства о приближавању законских, подзаконских и административних одредби држава чланица које имају непосредног утицаја на успостављање, односно функционисање заједничког тржишта. Савет, одлучујући квали-

8. Bernard, N. “The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity”, *Common Market Law Review*, 1996, стр. 633-666

9. Исто

10. Реч је о теорији јавног избора, која је широко заступљена у САД. Vuxbaum, Норт, *op.cit.*, стр. 8.

11. Siebert, “The Harmonization Issue in Europe: Prior Agreement or Competitive Process?”, у: Siebert, “The Completion of the Internal Market”, 1990. наведено према: Bernard, *op.cit.*, стр. 644

12. Амерички судија Брандајс давно је уочио наведену предност постојања различитих правних (и друштвених) система: “Једна од срећних појава федералног уређења је да једна храбра држава може, уколико тако њени грађани изаберу, да послужи као лабораторија; и опроба друштвене и економске експерименте без ризика по преостали део државе.”, *New State Ice Corp. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932)

фикованом већином, након спроведеног поступка усаглашавања,¹³⁾ усваја мере за усклађивање одредби законских и управних аката држава чланица чији је циљ успостављање и деловање унутрашњег тржишта. Допунски правни основ садржан је у члану 308. према коме када Уговором о оснивању није предвиђено неопходно овлашћење, а укаже се потреба за предузимањем од стране Заједнице активности за реализовање једног од циљева у оквиру функционисања заједничког тржишта, Савет може донети одговарајуће мере. Укратко, поступак хармонизације се редовно одвија тако што Савет доноси упутства којима државама чланицама налаже обавезу усклађивања својих националних прописа са садржином упутства, а државе чланице затим доносе нове, усклађене прописе или мењају постојеће.¹⁴⁾

Када је о праву конкуренције реч, поступак хармонизације националних права држава чланица се одвијао другим током. Изузетан значај успостављања и очувања компетитивне структуре унутрашњег тржишта за остваривање циљева из члана 3. Уговора о оснивању, о чему је напред било речи, имао је за последицу да је Заједница преузела искључиву компетенцију за доношење правила конкуренције која се односе на трговину између држава чланица.¹⁵⁾ Паралелно са правилима конкуренције комунитарног права, наставили су да важе и примењују се национални прописи о конкуренцији.¹⁶⁾ Одредбом члана 83. став 2. лит. е. овлашћен је Савет да донесе правила и упутства којима ће утврдити однос између националних правних прописа и комунитарних правила конкуренције. Савет није искористио ово овлашћење.

У првим годинама од настанка Заједнице, владало је уверење да комунитарна и национална правила конкуренције имају потпуно одвојена подручја примене. Критеријум разграничења надлежности је фраза “угрожавање трговине држава чланица”, која се користи у члановима 81. и 82. Уговора оснивању. Понашање предузећа које је подобно да угрози трговину између држава-чланица санкционише се применом правила комунитарног права. На понашања која немају тај ефекат примењује се национално право. Одатле се може извести закључак да национална права конкуренције не морају бити усклађена са комунитарним. Тако је у пракси и

13. Предвиђен чланом 189Б Уговора о оснивању

14. Види код: Вукадиновић, *op.cit.*, стр. 44-48

15. У пракси, органи Заједнице су проширили област искључиве компетенције. Упркос деклараторном опредељењу за задатак успостављања и очувања компетитивне структуре унутрашњег тржишта (“...*сйейен конкуренције неойходан да се обезбеди...посййизање циљева из Уговора, а посебно сйиварање јединсйивеног йржишййа*” *Metro v. Commission*, 1977, ECR 1875), у низу случајева штитили су, успут или чак поглавито, интересе појединачних конкурената (види, нарочито, *ICI & Commercial Solvents v. Commission*, 1974, CMLR 309)

16. Треба имати у виду да поједине државе чланице имају веома развијено право конкуренције. Немачка је донела Закон против ограничавања конкуренције исте године када је и потписан Римски уговор, а Велика Британија је први закон из те области, Закон о монополим и рестриктивним праксама донела 1948. године.

било. Садржина националних прописа о конкуренцији је битно одступала од решења комунитарног права.¹⁷⁾

Према Коховој теорији двоструке бране, одвојена поља примене комунитарног и националног права чинила су колизију комунитарног и националног права немогућом. Правнополитички циљ ове теорије био је да обезбеди примену националних прописа паралелно са комунитарним. У његовој позадини налазила се бојазан да би, у супротном, примена националних правила конкуренције била потпуно искључена.¹⁸⁾ Практична последица наведеног става, међутим, била је нешто другачија: одређено понашање морало је истовремено бити сагласно и националним и комунитарним правилима. То значи да се морају поштовати правила оног права које предвиђа строжије услове, из чега произлази његова фактичка супремација.¹⁹⁾

Суд правде је у случају *Dyestuffs* оспорио валидност теорије двоструке бране. “Све док правило донето на основу члана 87. став 2. Уговора другачије не одреди, национални органи могу поступати против картела по националном праву, уколико пред Комисијом није започет поступак у којем се испитује његова усаглашеност са комунитарним правом. Ова примена националног права ипак не сме угрозити неограничену и јединствену примену комунитарног права и важење мера донетих или предузетих за његово спровођење.” Наведеном пресудом Суд правде је дао приоритет правилима комунитарног права. Сличан став заузет је у случају *Costa v. ENEL*²⁰⁾ где се каже да је “...приоритет комунитарног права потврђен одредбама члана 189, према којем су правила обавезујућа и директно применљива у свим државама чланицама. Ова одредба би остала без значења ако би држава могла једнострано поништити њено дејство путем легислативних мера којима би се признала њихова супериорност над комунитарним правом.” Одговарајући став поновљен је и у другим пресудама.²¹⁾ Упркос томе, однос комунитарног и националног права конкуренције је остао недовољно разјашњен у појединим питањима. По неким ауторима спорно је да ли национално право може бити ригорозније у односу према картелним споразумима који се налазе у сивој зони комунитарног права - нису експлицитно изузети од ништавости по основу члана 81. став 3. али и не испуњавају услове за санкционисање по истом основу.²²⁾

Упркос недореченостима, наведена судска пракса је утицала да отпочне процес хармонизације националних правила конкуренције држава чланица са комунитарним правилима.

У односу на земље које се припремају за улазак у Европску унију обавеза хармонизације појединих области права произлази из уговора којима је ЕЗ регули-

17. Управо британски и немачки прописи представљају врло илустративан пример.

18. Mestmaecker, E.J., “Europaisches Wettbewerbsrecht”, Minhen, 1974, стр. 129

19. Исто

20. Сл. 6/64, 1964, ЕЦП, 585

21. *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*, 1969, ECR I; *Sotralenz SA v. Commission*, 1995, ECR-III127

22. Bernard, *op.cit.*, стр. 658

сала своје односе са њима. У тзв. “Белој књизи о припремању придружених земаља централне и источне Европе за улазак у Европску унију” из 1995. године, право конкуренције је наведено као једна од области коју је неопходно хармонизовати.²³⁾ Оно треба да обухвати следеће групе норми: регулативу којом се спречавају договори који ограничавају конкуренцију и злоупотреба доминантне позиције на тржишту, обезбеђује контрола повезивања предузећа, спречава антиконкурентска државна помоћ предузећима и спречавају злоупотребе државних трговинских монопола, јавних предузећа и предузећа која уживају специјална или ексклузивна права.

Домашај хармонизације

Током претходне деценије, већина држава чланица Европске уније донела је нове или изменила постојеће прописе посвећене заштити конкуренције.²⁴⁾ Заједничке карактеристике нових прописа огледају се у неколико битних елемената.

Сви прописи садрже три основне групе материјалноправних норми којима се регулишу: контрола понашања предузећа са доминантном, односно монополском позицијом на тржишту, контрола картелних споразума и контрола повезивања предузећа. По садржини регулативе могу се издвојити две групе земаља: земље чији прописи готово литерарно преузимају одредбе члана 81. и 82. Уговора о оснивању и Правила о контроли концентрација 4064/89 и земље чија регулатива је знатно сложенија. У овом другом случају реч је о земљама које имају развијену традицију права конкуренције - пре свега, Великој Британији и Немачкој.

23. Види: Рилке, Б. “Комунитарно право и право СР Југославије - као право треће државе”, “Усклађивање права...”, стр. 23-33
24. Аустрија је Савезни закон од 19. октобра 1988. о картелима и другим ограничењима конкуренције изменила 1993. и 1995. године (Б.ГБл. 1993/91, 1993/140, 1993/693 и 1995/52).
Белгија је Закон за заштиту економске конкуренције донела 1. јула 1999. године.
Данска је Закон бр. 384 о конкуренцији донела 10. јуна 1997. године.
Француска је законе од 2. јула 1963. и 19. јула 1977. допунила законима од 11. децембра 1992 и од 1. јула 1996. године.
Грчка је Закон бр. 703 од 26. септембра 1977. године о контроли монопола и олигопола и заштити слободне конкуренције изменила законом бр. 1934 и бр. 2000 из 1991. и бр. 2296 из 1995. године.
Холандија је Закон о конкуренцији донела 1997. године (стр. 244 Збирке закона).
Италија је Закон бр. 287 о конкуренцији и фер трговини донела 10. октобра 1990.
Немачка је Закон против ограничавања конкуренције из 1957. године мењала више пута: 1973, 1980, 1990. и 1998. (Б.ГБл. бр. 64/73, 19/80, 7/90 и 59/98).
Португал је донео декрете-законе бр. 371/93 и 140/98.
Шпанија је донела законе бр. 16/1989 и 3/91.
Шведска је Закон о конкуренцији донет 1. јула 1993. године мењала 1994. године (бр. 1494 и 1846), 1997 (бр. 221), 1998 (бр. 648) и 2000 (88).
Велика Британија је извршила велику реформу законодавства у области права конкуренције доношењем Закона о конкуренцији 1998. године.

Када је о првој групи земаља реч, може се рећи да је хармонизација формално извршена. Уколико се, међутим, има у виду развој који је комунитарно право конкуренције доживело кроз рад Комисије и Суда правде на његовој примени, може се с правом рећи да суштинска хармонизација у области права конкуренције тек предстоји и да ће њени главни носиоци бити национални органи којима је поверено спровођење прописа о конкуренцији. Уколико је један од главних задатака хармонизације да обезбеди да одређена фактичка ситуација има у основи једнак правни статус, независно од тога које национално право се на њу примени, онда хармонизација у области права конкуренције претпоставља усаглашено поступање органа који га примењују. Формалних гаранција таквог поступања, које би се огледале у институционализованој сарадњи органа држава чланица или обавези праћења праксе комунитарних органа и органа других држава чланица нема. Ипак, извесно је да ће органи са недовољно искуства у примени права конкуренције бити принуђени да за узор имају праксу комунитарних органа и органа земаља са развијеним правом конкуренције.

Када је о Великој Британији и Немачкој реч, утисак је да су ове земље усклађујући своја национална законодавства са комунитарним, истовремено настојале да задрже сопствена позитивна достигнућа у овој области. У вези с тим, илустративна је изјава председника немачког картелног органа - Бундескартеллаamt- а, дата пред усвајање последњих измена Закона против ограничавања конкуренције, којом је извршено усаглашавање немачког и комунитарног права:²⁵⁾ “Дискусија о шестој ревизији усмерила се на питање да ли и којој мери немачко право конкуренције треба да буде прилагођено правилима конкуренције Уговора о оснивању ЕЗ. Било је чланова привредне заједнице који су тврдили да паралелно постојање националног права и европског права кочи привредно планирање, изазива непотребне административне трошкове и крши принцип “нивоа игралишта”.²⁶⁾ Ја сам се увек супротстављао овим аргументима тврдећи да би унификација права конкуренције била сигурно позитивно достигнуће и да ће се то, на дужи или средњи рок, догодити, али да би у садашњем тренутку било погрешно напустити наше испробано и тестирано законодавство само због хармонизације са европским правом. Постоји један број области где је, по мом мишљењу, немачко право супериорније у односу на комунитарно, и отишли бисмо у погрешном смеру уколико бисмо прилагодили наше право европском у тим областима. На крају, сви релевантни чланови Уговора о оснивању на снази су још од 1958. године и нису били мењани од тада, а основна европска регулатива која регулише процедурална питања је неизмењена на снази још од 1962. године. За разлику од националних прописа, они нису били мењани како би узели у обзир економски развој и промене. Само као пример осврнућу се на генералну забрану ограничења конкуренције у вертикал-

25. Govor Dietera Wolf-a о политици конкуренције у Немачкој, одржан у Селу, 24. новембра 1997. године, преузето са: <http://www.bundeskartellamt.de/competit.htm>

26. Мисли се на захтев да унутрашње тржиште треба да се претвори у игралиште са јединственим правилима игре за све учеснике тржишне утакмице.

ним споразумима која је, према комунитарном праву, далеко пребацила мету. Јер, многи, ако не и већина вертикалних споразума стимулишу конкуренцију, уместо да је спречавају. Систем контроле злоупотребе за такве уговоре какав се примењује у Немачкој је много флексибилнији. Друга питања су, пак, решена на много убедљивији начин у комунитарном, него у немачком праву. Ја стога не оклевам да их прихватим за нашу легислативу. Ово се односи пре свега на принцип опште претходне контроле повезивања у комунитарном ситему контроле концентрација, при чему је у Немачкој један број концентрација предмет *ex/post* контроле, што изазива проблем раздвајања у случају забране.”

Измене Закона против ограничавања конкуренције које су уследиле 1998. биле су у складу са најавама председника *Bundeskartellamt*-а. Највећа прилагођавања су извршена у материји контроле концентрације предузећа, где је превентивни режим контроле концентрација постао општи режим, док су мање измене извршене у погледу дефиниције злоупотребе доминантног положаја и картелног споразума.

Сличан поступак хармонизације спроведен је и у британском праву конкуренције. Оно је задржало одређене карактеристике које га чине различитим у односу на комунитарно право.²⁷⁾ У складу са члановима 81. и 82. Уговора о оснивању уведене су забране злоупотребе доминантног положаја картелних уговора. С друге стране, задржано је овлашћење надлежних органа да контролишу тржишна понашања предузећа, без потребе да доказују постојање доминантне тржишне позиције, односно постојање картелног споразума. Наведено решење је позитивна особина британског права, која омогућује ефикасну контролу олигополских тржишта, што није случај са комунитарним правом (где се јавља проблем приписивања доминантне позиције олигополистима, односно доказивања постојања картелног споразума). Такође, остале су неизмењене законске одредбе о контроли повезивања предузећа, које, за разлику од комунитарног права, овлашћују надлежне органе да допуштеност повезивања цене не само са становишта утицаја повезивања на компетитивну структуру тржишта, већ и са становишта ширих привредних и друштвених интереса, обухваћених појмом “јавни интерес”.

Карактеристична је одредба члана 60. Закона о конкуренцији, којом се Генерални директор за фер трговину утврђује да је у одлучивању дужан да поступа у складу са правилима комунитарног права, одакле произлази његова обавеза да се придржава праксе Суда правде и Комисије. Британски законодавац је очито имао на уму напред изнегу тезу о потреби усаглашеног поступања националних органа у циљу суштинске хармонизације права конкуренције.

27. Parker, David: “The Competition Act 1988: Change and Continuity in U.K. Competition Policy”, *Journal of Business Law*, 2000, стр. 283-302

Закључак

Из изложених сазнања о достигнутом степену хармонизације националних прописа држава чланица и комунитарног права у области права конкуренције произлазе две битне констатације.

У Европској унији процес хармонизације права конкуренције тече одозго, он је наметнут ставовима Суда правде о приоритету комунитарних правила са директним дејством у односу на право држава чланица. Државе чланице нису, бар до сада, биле у прилици да своја позитивна искуства пренесу на комунитарни ниво, у складу са напред изложеном идејом о конкуренцији правних система и свесном опредељењу законодавца за успешнија решења.

Степен хармонизације није прописан. У основи, хармонизација се врши формално, преузимањем одредаба Уговора о оснивању и Правила о контроли концентрација, а суштинска хармонизација тек треба да буде спроведена усглашеним поступањем органа надлежних за примену прописа о конкуренцији.

СР Југославија за сада нема обавезу да приступи хармонизацији, већ то може да учини добровољно, у намери да модернизује своје законодавство и припреми препознатљив правни терен за стране привредне субјекте који желе да дођу на југословенско тржиште. То оставља могућност југословенском законодавцу да сам одреди степен хармонизације, не поводећи се некритички за решењима комунитарног права, већ узимајући у обзир и позитивна искуства националних права држава чланица.