

*Мр Катарина Дамјановић,
истраживач-сарадник
Института за уредно право, Београд*

Уговор о know-how-у и правила о конкуренцији у праву Европске уније и у домаћем праву

Стваралачка активност човека одувек је била једна од основних карактеристика цивилизације, али је нарочито добила на важности у доба савременог технолошког развоја. Истовремено, ова активност је постепено добијала и облик својине. Веома дуго, тајна, коју је више или мање било лако сачувати, била је једино средство да се проналазачу сачува ексклузивитет над профитом који би остварио коришћењем својих проналазака. Међутим, модерна законодавства су доделила проналасцима који се тичу нових материјала, производа и поступака законску заштиту путем система издавања патената, који проналазачу обезбеђује законски монопол који је временски ограничен и којим се он штити против кривотворства. Тако је неопходност чувања тајне nestала, те са друге стране јавност проналаска дозвољава другим истраживачима да га усаврше и да дођу до нових проналазака, што у општем интересу доприноси сталном развоју технике и технологије и стране напретку. Па ипак, тајна остаје основни елемент уговора о преносу знања и искуства односно уговора о know-how-у.

Уговори који се односе на права индустријске својине представљају једне од најбројнијих у савременој економској активности. То потиче отуда што је оригинални титулар права индустријске својине ретко у могућности да сам довољно експлоатише своје право и то на свим територијама где је таква експлоатација интересантна. Најчешће је титулар приморан да са трећим лицима закључује уговоре о лиценци а нарочито да би им пренео права на производњу или коришћење везана за патент или know-how. Међутим, колико корисни, ови уговори могу бити и

штетни по конкуренцију на тржишту, јер дозвољавају концентрисање велике технолошке моћи у рукама једног или неколицине привредних субјеката.

Уколико ове опште констатације сведемо на ниво правила о конкуренцији која постоје у Европској Унији, проблем уговора о know-how-у потребно је посматрати како у домену члана 81 (бившег 85) који забрањује закључење уговора који могу бити штетни по конкуренцију тако и у домену члана 82 (бивши 86) који забрањује злоупотребу доминантног положаја. Наредна излагања показује да су органи Уније покушали да у својој пракси помире два основна принципа – промовисање техничког напретка, али и заштиту основних принципа садржаних у Римском уговору.

I. Римски уговор и know-how

1. Члан 81 Уговора

А. Појам уговора о know-how-у. Са искључиво правног становишта преношење техничких знања врши се на различите начине, у односу на то да ли се ради о патентираним знањима или о једном know-how-у који није заштићен патентом. У првом случају, титулар патента врши цесију патента или даје лиценцу за искоришћавање. Уговор се мање односи на садржину сазнања (која је већ описана у патенту) а више на начин искоришћавања монопола. У другом случају, лице које поседује know-how који није заштићен патентом доставља га кориснику. Опис знања и модалитети преноса тог знања представљају зато суштински предмет уговора.

Зато се поставља питање у којој мери уговор о лиценци или о преносу знања и искуства може бити у супротности са чланом 81 (бивши члан 85) Римског уговора. Да ли рестрикције које он садржи имају за предмет или последицу угрожавање слободне конкуренције на јединственом тржишту? Под којим околностима то може негативно утицати на трговинску размену између држава чланица? И уколико су неке од клаузула уговора забрањене према члану 81 став 1, под којим условима ће бити додељен изузетак предвиђен у ставу 3?

Пре свега, неопходно је приметити да је »својина« над know-how-ом ретко прихваћено решење. Нпр. у француском праву је његова заштита осигурана тужбом за нелојалну конкуренцију и ниједан текст не регулише право предузећа над овим елементима (напоменимо да се може догодити да know-how буде заштићен патентом, цртежом, жигом или ауторским правом). У том случају члан 30 (ранији 36) Римског уговора којим се одређује изузетак за забране ограничења слободне циркулације роба уколико је то оправдано због заштите индустријске и трговачке својине, осим у случају да постану средство својевољне дискриминације или прикривени облик ограничавања трговине, не би био априори примењен.¹⁾

1. Више о овом питању код: Christian Gavalda, Gilbert Parleani – "Droit communautaire des affaires", Litec, Paris, 1988, стр.525-573;

У одсуству националног извора, органи уније нису могли да дају појам основне функције овог права, јер су одредили границу између националних права која регулишу »заштиту индустријске и трговинске својине« (члан 30) и принципа Уније о слободној циркулацији роба и слободној конкуренцији. Међутим, то није спречавало органе Уније да препознају легитимност заштите know-how-а. У пресуди Pronuptia од 28. јануара 1986.²⁾ Суд Правде је заузео став да једна оригинална трговинска метода која се ослања на »скуп знања« која нису у јавном домену мора да остане тајна па самим тим да буде и заштићена. Он је дакле сматрао да то што је било неопходно да би се предупредио ризик од обзнанивања know-how-а, не може априори представљати угрожавање конкуренције у смислу члана 81. Једина разлика је дакле учињена од стране Суда између неопходних стипулација за заштиту know-how-а и оних које то нису.

На први поглед, комунитарно право изгледа да асимилује уговоре о трансферу знања и искуства и оне које се тичу лиценци права индустријске својине. Тако члан 4 став 2 уредбе бр.17³⁾ ослобађа нотификације договоре у којима учествују само два предузећа и која за ефекат имају само »б) да наметну стицаоцу или кориснику права индустријске својине (пре свега патента, модела, жига и узорка) или бенефицијару уговора којим се врши цесија или концесија поступака производње или сазнања која се тичу коришћења или примене индустријских технологија, ограничења у коришћењу свога права«. Користећи скоро идентичну формулацију, уредба Савета бр 19/65 од 2. марта 1965. даје овлашћење Комисији да додели изузетак по категорији за ове две врсте уговора.⁴⁾

Међутим, ова два типа уговора имају различите објекте. Док лиценца има за предмет експлоатацију једног правног монопола, који је већ дефинисан и заштићен патентом, know-how има за предмет упознавање са чињеницама о сазнањима која се најдуже могуће чувају у тајности. Полазећи од ове констатације можемо извести неколико закључака:

а) Пре свега, у уговорима о know-how-у постоје клаузуле које се не сусрећу код уговора о лиценци, а то су све оне којима се дефинишу сазнања која треба пренети, начини преноса и обавеза примаоца да се оне држе у тајности, да би се сачувала сва вредност know-how-а. Уобичајено, ове клаузуле немају ни као предмет ни као последицу угрожавање конкуренције. У бројним одлукама Комисија је сматрала да је обавеза тајности »суштина know-how-а«, а да она чини претходни услов за комерцијализацију.

б) Надаље, одређене клаузуле се, заузврат, не сусрећу код уговора о трансферу технологије, јер оне немају за њега никакав значај, нпр. клаузула којом се предвиђа наставак плаћања надокнаде након истека трајања патента.

ц) Најзад, друге клаузуле су заједничке за оба уговора. То је случај на пример код клаузуле о ексклузивитету или клаузуле које се односе на комерцијализацију

2. RTDE 1986, стр.298;

3. ЈО СЕ, бр.13 од 21 фебруара 1962, стр.204;

4. ЈОСЕ бс.36 од 6 марта 1965;

производа фабрикованих од стране корисника лиценце или корисника know-how-a. Али, зар није извесно да би за њих требало на исти начин примењивати члан 81. Тако се можемо запитати да ли клаузула о ексклузивности, која се може показати неопходном у циљу чувања тајности, не би требала да буде шире прихватљива у случајевима преноса знања и искуства. Такође, забрана експлоатације након истека уговора може представљати угрожавање конкуренције у случају да се ради о лиценци патената закљученој за период његовог трајања, али насупрот томе изгледа да би она могла бити прихваћена код трансфера технологије.

Б. Поступци Комисије. За правилно схватање члана 81 Римског уговора значајно је констатовати да је Комисија своје ставове мењала у две фазе. У првој фази Комисија је на основу уредбе бр.17 донела одређени број индивидуалних одлука⁵⁾ којима је доделила или негативну атестацију или одобрила изузетак. Комисија је прогресивно решавале проблеме који су се јављали. Најпре се интересовала за мешовите уговоре о патенту и know-how-у, у којима је овај други био додатни елемент⁶⁾. Она је увела принцип по коме је обавеза чувања тајне »есенцијална« за know-how и представља претходни услов за комерцијализацију. Затим, 1986. године Комисија доноси одлуку о изузетку једног мешовитог уговора, али у коме је know-how био преовлађујући елемент⁷⁾.

Најзад, Комисија је донела две одлуке о изузетку у случају тзв. »чистих« лиценци know-how-a, односно у случајевима да није постојала лиценца патената.⁸⁾

У другој фази, а на основу свог искуства у доношењу индивидуалних одлука Комисија је најпре донела уредбу бр.556/89 од 30 новембра 1988 која се односи на изузетке по категоријама за уговоре о лиценци know-how-a (ЈО, L.61, од 4 марта 1989).

Уредба се примењивала на ексклузивне и неексклузивне, али и на мешовите лиценце које се односе на know-how или права интелектуалне својине, под условом да она имају допунску улогу, односно да је пренос знања и искуства основни елемент уговора. На општи начин Комисија је изразила вољу да подвргне под примену ове уредбе лиценце које се у првом свом делу односе на примену патената а нису покривене постојећом уредбом 2349/84 о лиценцама патената (ЈОСЕ, L.219 од 16 августа 1984). Одређивање поља примене ове уредбе зависи пре свега од дефиниције know-how-a. При томе се није водило рачуна о националним правима од којих многа и не садрже ову дефиницију. Овде постоји и важна разлика у односу на класична права интелектуалне својине. У принципу уредба одређује да је

5. Више о индивидуалним одлукама Комисије код: J.S. Venit "Le traitement des licences de savoir-faire en droit communautaire de concurrence (Boussois c. Interpane), RTDE 23 (2), april-juin 1987, стр.329-344; и R. Jaume "Accords de licences et regles de concurrence", RTDE 1972, стр. 674-689;
6. Одлуке Burroughs-Delplanque од 22 децембра 1971, ЈО, L.13 од 17 јануара 1972 и одлука Man-Sasvien од 17 јануара ЈО, L.31 од 4 фебруара 1972);
7. Одлука Boussois -Interpane, ЈО, L.50 од 19 фебруара 1972);
8. Одлуке Rich Product-Jus Rol од 22 децембра 1987, ЈО, L.69 од 15 марта 1988 и Delta Chemie од 13 октобра 1988, ЈО, L.309 од 15 новембра 1988;

know-how техничка информација која није заштићена патентом, која је тајна супстанцијелна и идентификована, а то су елементи који су се већ налазили у уредби о изузетима код уговора о франшизи. У овој дефиницији манифестује се намера да се прати уговорна пракса, али и да се избегне, под формом лиценци know-how-а достављање багателних информација што би довело до затварања тржишта. Ово ме управо одговара тајни карактер информација, односно отежан приступ информацијама. Ова уредба имала је већ уобичајену форму. Она је најпре одређивала клаузуле покривене изузетком, односно уклоњене од забране путем ове уредбе; надаље клаузуле које се у принципу не сматрају опасним по конкуренцију, а које се помињу искључиво ради једноставности и правне сигурности; затим клаузуле које чине препреку давању изузетака и најзад, једну брзу процедуру која омогућава Комисији да се изјасни о клаузулама које не улазе у горе наведене групе.⁹⁾

Уредба 2349/84 о лиценцама патената требала је да остане на снази до 31. децембра 1994. године али је Комисија одлучила да продужи њено трајање до 31. децембра 1995. Што се тиче уредбе 556/89 она се нормално примењивала до 31. децембра 1999. Комисија је напослетку одлучила да ове две уредбе замени јединственим документом, ширег обима који ће бити заједнички и за уговоре о лиценци патената и за уговоре о лиценци know-how-а.

Тако је усвојена уредба 240/96 Комисије од 31. јануара 1996. која се односи на примену члана 85. став 3. Римског уговора на категорије уговора о трансферу технологије¹⁰⁾. Нова уредба, која укида уредбу 556/89 ступила је на снагу 1. априла 1996 и примењиваће се до 31. марта 2006. године.¹¹⁾ Ова уредба преузима многа решења из две раније уредбе, али се од њих разликује у два основна питања: подређује изузетак важности дела тржишта које заузима носилац лиценце, продужава списак клаузула којима је изузетак дозвољен. Наравно, она откалања проблеме граница примене који су се могли јавити код раније две уредбе. Излагање мотива доношења ове уредбе инсистира на самом њеном циљу: «охрабрити ширење техничких сазнања у Унији и промовисати производњу технички унапређених производа», наравно уз поштовање одредаба члана 81 Уговора.

Уредба се примењује на уговоре о лиценци које дефинише као уговоре којима једно предузеће титулар патената или know-how-а (давалац лиценце) ауторизује друго предузеће (корисник лиценце) да експлоатише додељени патент или му преноси свој know-how, да би он производио и комерцијализовао производе. Текст разликује три врсте лиценци: чисте лиценце патената, чисте лиценце know-how-а и мешовите уговоре. Ови различити термини су прецизно дефинисани у члану 10 уредбе. Тако се know-how одређује као укупност, скуп техничких информација које су тајне, супстанцијелне и идентификоване на одговарајуће начине. Заузврат,

9. Више код Berthold Goldman, Antoine Lyon-Cean, Louis Voget "Droit commercial europeen", 5 издање, Paris, Dalloz, 1994, стр.503-547;

10. ЈО, L.31 од 9 фебруара 1996;

11. О уредби 240/96 код: Jean Scharira, Georges le Tallec, J-B Blaise, Laurence Idot "Droit europeen des affaires", Tome I, Themis, 5 издање, 1999, стр. 430-456;

одређени договори искључени су из поља примене уредбе, нпр. уговори о лиценци закључени између конкурената који имају учешће у заједничком предузећу или реципрочни уговори о лиценци.

Као и већина уредби којима се додељује изузетак по категоријама уредба 240/96, због правне сигурности предвиђа четири типа клаузула.

а) Клаузуле које користе изузетак »de plein droit« односно по пуном праву. То су углавном клаузуле које гарантују ексклузивитет додељен кориснику лиценце (члан 11). Таква је на пример, клаузула којом се утврђује обавеза даваоца лиценце да не ауторизује друга предузећа да експлоатишу проналазак или know-how на територији уступљеној носиоцу лиценце. Такође, клаузула којом се одређује обавеза носиоца лиценце да не фабрикује производ покривен лиценцом на територијама додељеним другим носиоцима лиценце. Такође су искључене клаузуле које, на плану комерцијализације производа, појачавају ексклузивитет лиценце, као нпр забрана да се практикује активна конкуренција на територијама других носилаца лиценце и чак забрана да се врши пасивна конкуренција односно одговор на захтеве купаца који имају седиште на другим територијама, уколико је она лимитирана на пет година. Суд Правде је у пресуди *Semence de maïs*¹²⁾ инсистирао на чињеници да ексклузивна лиценца, када се тиче увођења и заштите нове технологије на додељеној територији није сама по себи рестриктивна за конкуренцију у смислу члана 81 став 1. Са теоријског становишта за договор о лиценци који има такав ефекат не постоји никаква потреба да буде изузет и требао би да остане ван поља примене ове уредбе. Међутим члан 1 уредбе о томе ништа не говори. Комисија је објаснила у мотивима доношења, да су због правне сигурности ови уговори укључени у члан 1.

б) Забрањене клаузуле које спречавају изузетак (члан 3) су оне које немају априори позитивне ефекте. Њихова листа је краћа од оних које су постојале у ранијим уредбама. На пример, не подлежу изузетку клаузуле које ограничавају слободу одређивања цена; оне које пружају потпуну територијалну заштиту носиоцу лиценце и спречавају сваки паралелени увоз, клаузуле које ограничавају слободу уговорних страна у односу на квантитет производње и продаје робе итд.

в) Индиферентне клаузуле (члан 2) су клаузуле које, у принципу не угрожавају конкуренцију, па не би требало ни да буду поменуте. Међутим, оне су набројане (без ограничења) због правне сигурности и да би се гарантовала њихова правна важност, јер под посебним околностима оне могу имати рестриктивни карактер у односу на конкуренцију.

г) Неизвесне клаузуле (члан 4) не улазе у претходне три категорије, морају бити нотификоване Комисији и уколико их она не оспори у року од четири месеца, могу бити изузете (нпр. клаузула којом се носилац лиценце обавезује да, у току закључења уговора прихвати спецификацију квалитета или друге лиценце или услуге које нису неопходне за технички конкретну експлоатацију технологије).

12. СЈСЕ, 8 јуни 1982, афф258/78, рец. стр. 2015;

Механизам доделе изузетака је тројак: »de plein droit« односно по пуном праву за клаузуле набројане у чл 1 и евентуално члану 2, уколико договор не садржи ниједну клаузулу забрањену чланом 3. То значи да не морају бити нотификоване код Комисије а судови и националне власти треба да их прогласе важећим у односу на члан 85. Изузетак због одсуства »противљења« за уговоре који садрже неке неизвесне клаузуле, али ту постоји обавеза нотификације и могућност да им се Комисија успротиви у року од четири месеца. Чланом 7 уредбе предвиђен је и случај повлачења изузетка и то уколико Комисија на основу чињеничног стања утврди да један уговор који је био изузет уредбом, не испуњава услове из члана 81 став 3.

2. Члан 82 Уговора

Повезаност члана 82 Уговора и know-how-а рефлектује се на два домена : однос know-how-а и самог доминантног положаја и однос know-how-а и злоупотребе доминантног положаја, а све то да би се одговорило на питање како поседовање патента или know-how-а може угрозити конкуренцију у смислу члана 82. Укључивање патената у анализу нужно је јер је њу, у недостатку материјалних извора нужно спровести на основу праксе и одлука органа Уније – Комисије и Суда Правде.¹³⁾

А. У оквиру прве области потребно је анализирати три проблема – однос патента и know-how-а са појмом доминантног положаја, са доказивањем постојања доминантног положаја и најзад, са његовим облицима.

а) Појам доминантног положаја. Члан 82 (раније 86) не дефинише доминантни положај, а из праксе Комисије и Суда Правде произилази да је основна карактеристика доминантног положаја економска превласт на одређеном тржишту; поставља се питање у којој мери патент или know-how могу пружити такву превласт. Комисија је у својим одлукама дала предност економској снази предузећа која утиче на понашање и економске одлуке других предузећа,¹⁴⁾ док Суд Правде ставља нагласак на могућност независног понашања предузећа на доминантном положају у смислу да може деловати не узимајући у обзир понашања конкурената, купаца или добављача.¹⁵⁾ Ове дефиниције су различите, али не искључују једна другу, јер прва ставља акценат на утицај доминантног предузећа на друга предузећа док друга инсистира на могућности таквог предузећа да се аутономно понаша на тржишту. Такође, Комисија и Суд су прецизирали да доминантни положај не карактерише одсуство сваке конкуренције већ само конкуренције недовољне да се спречи пре-

13. Коришћена литература: М-А Hermitte "Pratiques restrictives de concurrence – abus de position dominante", Dictionnaire Juris-Classeur, 1995, Fasc.1423, стр.1-14 и J-J Burst и Robert Kovar "Brevets, savoir-faire, position dominante et concentrations", Dictionnaire Juris-Classeur, Fasc 1740, стр.1-14;

14. Меморандум Комисије од 1 децембра 1965, Проблем концентрација на јединственом тржишту, RTDE 1966, стр.652;

15. Пресуда Зоја од 14 децембра 1972, ЈОСЕ, L.299 од 31 децембра 1972;

дузеће на доминантном положају да се понаша аутономно и да утиче на понашање других економских субјеката.¹⁶⁾

Пракса Суда Правде показује да поседовање патената или know-how-a или других права индустријске својине не омогућава аутоматски предузећу да заузме доминантни положај. У пресуди *Parke Davis*¹⁷⁾ Суд каже: «ако патент додељује свом титулару посебну заштиту у кадру једне државе, не значи да коришћење тако додељених права испуњава три елемента из члана 86 Уговора». Значи да ексклузивност која карактерише права индустријске својине не представља *ipso facto* постојање доминантног положаја. Једино дакле у случају када, изузетно, производ заштићен патентом не сусреће на тржишту ниједан производ супститут, постојаће коинциденција између предмета овог права и доминантног положаја. То ће се у пракси врло ретко догађати а аутор није у истраживању овог проблема нашао податке о оваквој ситуацији.

б) Када је реч о доказивању постојања доминантног положаја можемо рећи да се у комунитарном праву користе углавном три серије критеријума. То су: критеријуми структуре предузећа (нпр. димензије, делови и величина тржишта које покрива) и они су стабилни и спољни; критеријуми понашања (делање предузећа на тржишту нпр. одређивање цена); и критеријуми резултата односно последице понашања по предузеће. Некада је довољно користити само једну групу критеријума нпр. структуралних. У односу на know-how и патенте интересантна је већ поменута пресуда Зоја у којој су Суд и Комисија установили да су предузећа уживала монопол над једним међупроизводом неопходним за производњу лекова против туберкулозе. Они су закључили да ова предузећа заузимају доминантни положај јер су алтернативни поступци добијања конкурентних лекова били на експерименталном нивоу. Тако је технолошки напредак који су ова предузећа спречила, иако су патентни истекли, био одлучујући елемент. Исто се десило и у случају *Hofman la Roche* где је одлучујући чинилац био проценат територије коју је предузеће заузимало. Такође је у неким случајевима Суд комбиновао више критеријума као у одлуци *Continental Can*,¹⁸⁾ где је нарочито али не и искључиво узео у обзир постојање значајне технолошке предности која је постојала на страни једног предузећа захваљујући скупу патената и know-how-a односно тајних техничких сазнања и измене информација са носиоцима лиценце. То показује да није само поседовање ових права одлучујуће за постојање доминантног положаја већ технолошка моћ која из њих произилази.

Најзад, постоје случајеви када се постојање доминантног положаја доказује самим правом на патент или know-how што претпоставља да се заштита добијена патентом поклапа са чињеничним стањем. Пример за овакву ситуацију пружа нам случај *Conzorzio Italiano/Renault*¹⁹⁾ где се радило о моделима, али се аналогно може

16. Пресуда *Hoffmann-La Roche*, CJCE од 13 фебруара 1979;

17. CJCE, 29 фебруар 1968, aff.24/67, Рец. стр.81;

18. CJCE, 21 фебруар 1973, aff.6/72, Рец. стр.215;

19. CJCE од 5 октобра 1988, aff.53/87, Rec. стр.6039;

применити и на друга права индустријске својине. Случај се односио на производњу резервних делова за аутомобиле, од стране партнерских фирми, који су морали бити идентични са оригиналним. Тако је тржиште ових делова одговарало у потпуности домену заштите осигураним путем права индустријске својине.

ц) Када је реч о облицима доминантног положаја можемо у основи издвојити два модалитета. Први би претпостављао контролу тржишта одређених производа која се може остварити било путем технолошке супериорности било путем технолошке политике. У првом случају контрола се остварује путем услова експлоатације техничких сазнања наметнутих од стране предузећа у питању (као у случају Зоја). У мери у којој не постоји конкуренција због недостатка производа супститута, предузеће је у ситуацији да прихвати или уклони конкуренцију додељујући или не лиценце или приступајући цесији патента и know-how-a. У другом случају (примери су Continental Can и IBM) предузећа користе ова права у кадру једне политике која се односи на концесију лиценци и дозвољава да се ојача доминантни положај нпр. путем различитих рестрикција лиценци (ако се забрани другим произвођачима информатичког материјала да производе материјале компатибилне са системима IBM).

Дуги облик представља контрола других економских субјеката било тако што технолошка снага дозвољава предузећу да контролише друга предузећа или да потпуно спречи улазак конкурената на тржиште. Пример за ове ситуације су већ поменуте пресуде Continental Can, Zoja и IBM.

Б). У оквиру друге области основна су два питања: појам злоупотребе и начини остваривања.

а) Пре свега неходно је одредити карактер злоупотребе који се у пракси органа Уније чини испитивањем два елемента – предмета и његове природе. Овде се враћамо на специфичан предмет права индустријске својине. Суд је у пресуди Волво²⁰⁾ заузео становиште да само коришћење или некоришћење, а не само постојање овог права, може потпасти под удар члана 82. Што се природе злоупотребе тиче треба одговорити на питање да ли је злоупотреба доминантног положаја субјективне или објективне природе. Комисија је изнела став, у већ поменутом Меморандуму, да злоупотреба резултира из понашања предузећа које објективно претставља понашање противно циљевима Уговора, што значи да повреда члана 82 не претпоставља намеру²¹⁾. Међутим, Комисија предвиђа и могућност да ова понашања буду предузета са намером, што ће представљати отежавајућу околност.

У сваком случају Комисија и Суд су увек одбацивали теорију каузалне везе између доминантног положаја и злоупотребе. Суд примећује да проблем каузалне везе која треба да постоји између доминантног положаја и његове злоупотребе није од интереса јер јачање доминантног положаја може бити злоупотреба и тиме забрањено чланом 82, без обзира на средства и поступке коришћене у том циљу.²²⁾

20. СЈСЕ од 5 октобра 1988, aff.238/87, Rec. стр.6211;

21. Одлука GEMA од 2 јуна 1971, JOCE br. L.134 од 20 јуна 1975, стр.15;

22. Пресуда Hoffmann la Roche;

б) Када је реч о начинима злоупотребе доминантног положаја, члан 82 наводи четири облика: наметање неодговарајуће куповне или продајне цене или осталих услова размене, ограничавање производње, пласмана или техничког развоја на штету потрошача, примењивање неједнаких услова на исте послове са различитим партнерима и условљавање закључивања уговора прихватањем додатних обавеза.

У односу на know-how и патент ови облици примењују се на следећи начин:

1. Наметање цена и неједнаких услова представља изузетно деликатан проблем, јер се односи на накнаду која према мишљењу Суда чини интегрални део предмета права на патент.²³⁾ Ту се у пракси органа Уније уочава разлика између две ситуације у односу на то да ли титулар патента и know-how-a сам користи патент тако што производи и комерцијализује заштићени производ или је дао лиценцу. У првом случају је у питању продајна цена производа. Суд је у пресуди Волво²⁴⁾ која се додуше, тичала индустријских модела прецизирао да злоупотреба може попримити форму «одређивања цена заштићених производа на неједнаком нивоу». То се може аналогно применити и на патенте и know-how. Потребно је само одредити ниво од кога цена постаје претерана, што је веома тешко. Из праксе Суда Правде произилази да ће се то одређивати у сваком конкретном случају, узимајући у обзир и друге околности. У другом случају, ствар је још деликатнија јер се поставља питање да ли се неједнаке цене огледају у претераним накнадама које се захтевају од носиоца лиценце. У случају Волво Суд је пресудио да одбијање давања лиценце не представља само по себи злоупотребу, али се није изјаснио по питању да ли је одређивање неједнаких накнада супротно члану 82. По аналогији може се сматрати да услови наметнути од стране титулара патента на доминантном положају његовим корисницима лиценце неће бити неједнаки у мери у којој су они неопходни да би се остварио специфични предмет права на патент.

2. Ограничење производње, пласмана или техничког развоја. Предузеће на доминантном положају које контролише производњу основних производа (репро материјала) или међупроизвода чије је коришћење неопходно другим предузећима злоупотребиће доминантни положај ако неоправдано одбије њихово снабдевање (Zoја). У овој пресуди Суд је изнео мишљење да је чињеница да се предузеће CSC одлучило да у целости обустави своје продаје репро материјала трећим лицима, да би обезбедило контролу деривата неспојива са одредбама Уговора, јер је предузеће желело да се на тај начин осигура и елиминише конкуренте који, да би произвели исте деривате зависе од његовог репро материјала.

Ограничење пласмана може бити директно или индиректно. Први случај је када предузеће сужава производне могућности или могућности комерцијализације код својих клијената. Индиректно, када то предузеће покушава да задржи клијентелу, али од ње захтева да се не снабдева код конкурентата, а притом забрана може бити парцијална или потпуна. У нашем случају ово се врши закључивањем угово-

23. CJCE, 31 октобар 1974, Centrafarm, aff 16/74, Rec., стр.1183;

24. CJCE, 5 октобар, aff 238/87, Rec. стр. 6211;

ра о лиценци и ту наступа већ поменута уредба која одређује које су клаузуле у таквим уговорима дозвољене.

Ограничење технолошког развоја представља злоупотребе које се најдиректније тичу коришћења техничке преминације. У нашем случају то би се десило када би предузеће на доминантном положају одбило да додели лиценцу за патент или know-how а истовремено их не користи. Ту се поставља питање да ли би Комисија могла да натера предузеће да додели лиценцу што би значило да би јој се дозволило да створи нови случај обавезне лиценце путем примене конкуренцијског права. У случају IBM Комисија је замерила овом предузећу да у односу на свој System/370 није доставило неопходне техничке информације произвођачима периферне опреме, чиме је злоупотребило доминантни положај не пружајући know-how јер конкуретни производи нису могли бити коришћени са овим системом.

3.Примена дискриминаторних услова према комерцијалним партнерима за једнаке престације. У случају GEMA Комисија објашњава појам »једнаких престација«. Ово предузеће наметало је више накнаде увозницима магнетоскопа и магнетоскопа него немачким произвођачима ових апарата. Из ове одлуке може се закључити да дискриминација у односу на накнаде које дугује носилац лиценце због његове националности није дозвољена. IBM је осуђен да је дискриминисао кориснике software-а тиме што је одбијао да снабдева одређене инсталатере софтвером који је био намењен за коришћење у другим компјутерима а не само IBM-овим.

Значи код лиценце разлике које се тичу висине накнаде или других услова уговора не могу потпасти под члан 82 ц) осим ако, пре свега јесу дискриминаторне, затим ако изазивају поремећај конкуренције и најзад, уколико се не може изнети неко објективно оправдање за такво понашање.

4.Условљавање закључења уговора прихватањем неоправданих престација, нпр. додатних престација које немају директне везе са предметом уговора. То је случај са понудом концесије лиценце која је било условљена куповином производа који није покривен патентом за који је дата лиценца²⁵). Међутим, изузетак чине случајеви где су производи у питању неопходни за правилно техничко коришћење патентираног проналаска.

2. Решења у домаћем праву

Са аспекта хармонизације југословенског права са правом Европске Уније било би корисно упоређивати решења из Римског уговора и наших одговарајућих закона. Међутим, просторна ограниченост овог рада усмерава нас на само пар основних констатација.

25. Одлука Комисије од 10 јануара 1979, Vaessen-Moris, JOCE,L.19 од 26 јуна 1979.

Напоменимо на првом месту да Закон о патентима («Службени Лист СРЈ» бр.15/95 од 24 марта 1995) ни Закон о спољнотрговинском пословању у делу у коме се односи на трансфер технологије («Службени Лист СРЈ» бр.46/92) не садрже одредбе којима би се дефинисао овај појам. Ипак, овај последњи у својим члановима 53-57 предвиђа могућност да предузећа од страног лица прибаве или му уступе право индустријске својине или know-how односно »знање и искуство«. То се чини уговором који мора да садржи обавезу даваоца лиценце да ће за време трајања уговора ставити на располагање побољшања на патенту и know-how-у и обавезу даваоца да коришћење неће утицати на животну средину и здравље људи те клаузулу да се комерцијализацијом производа неће повредити права трећих лица. Такође закон предвиђа и забрањене клаузуле, а то су: забрана да предузеће примењује, унапређује и даље развија прибављену технологију; да самостално одлучује о набавци сировина, репро материјала и резервних делова; да извози производе и услуге осим у земље у којима давалац технологије има или је дао искључиво право производње или вршења услуга за исте производе и услуге; и забрана коришћења патента или know-how-а којима је истекло време важења уговора и после престанка уговора, односно обавеза предузећа да плаћа накнаду за коришћење после престанка уговора.

Што се правила о конкуренцији југословенског права тиче, интересантне су одредбе два закона. Пре свега Закон о трговини («Службени Лист СРЈ» бр.32/93) у свом члану 11 наводи да је забрањено нарушавање конкуренције на тржишту путем аката и радњи нелојалне конкуренције, шпекулације и ограничавања јединственог тржишта. У наредним члановима 22 до 27 закон на детаљан начин регулише ове појмове и даје примере наведених понашања.

Најзад, Антимонополски закон («Службени Лист СРЈ» бр.29/96) садржи скоро идентичне одредбе у односу на чланове 81 и 82 Римског уговора, с тиме што је нагласак стављен на монополе и њихово уређење. Ипак, у члану 2 Закон даје дефиницију доминантног положаја који се одређује по критеријуму присуства знатније конкуренције на тржишту. Радње којима се злоупотребљава доминантни положај предвиђене су чланом 3 став 2 Закона и представљају решења која се умногоме поклапају са европским правом. Једино је одређивање цена регулисано на детаљнији начин. Споразуми и споразумне праксе предвиђени су чланом 4, такође на начин врло близак комунитарном праву, а изузетак који се за њих може добити у ставу 4 образложен је идентичним мотивима – допринос унапређењу производње или промета робе, подстицање техничко-технолошког развоја или корисност за потрошаче под условом да се привредним субјектима не намећу додатна ограничења која нису неопходна за постизање тих услова. Антимонополска Комисија прати рад и утврђује повреде; не постоји поступак нотификације већ се уговори достављају на захтев Комисије, осим у случају удруживања предузећа.