

*Др Илија Зиндовић
Судија Окружног суда, Краљево
и доцент Привредне академије у Новом Саду*

Монополски (картелни) споразуми и нарушавање конкуренције

Резиме

У овом раду аутор настоји да анализира карактеристичне облике ограничавања конкуренције који настају закључивањем монополских споразума између тржишних субјеката. При разматрању појединих питања закључује да постоји различити прејман споразума у зависности од врсте споразума и ефеката које се њима постижу. Споразум не мора бити антиконкурентан ако нема ефекта на конкуренцију или ако користи од споразума прејше над оствареним ограничењима конкуренције. Ипак, у оквиру хоризонталних споразума аутор налази да при врсте споразума директно негативно утичу на конкуренцију те да исте по закону треба регулирати као забрањене. То су споразуми о ујврђивању цена укључујући намештање тендера, споразуми о подели тржишта и споразуми о ограничавању производње и трговине. При обради спорних питања аутор настоји да исте расветли уредно – правном анализом појединих правних система и из угла судске праксе, која је неретко ирасирала у теоријским ставовима законским решењима у материји заштите конкуренције.

Кључне речи: монополи, споразуми, конкуренција, заштита, законодавна решења, судска пракса.

1. Уводна разматрања

Облици нетржишних активности којима се нарушава конкуренција углавном се манифестују закључењем монополских (картелних) споразума или кроз индивидуално понашање тј. злоупотребу монополског, односно доминантног положаја.

Монополским се називају споразуми приватно – правног карактера којима крупна предузећа стварају одређени вид заједнице интереса, заједнички план и програм рестриктивног тржишног пословања и понашања без обзира на облик у коме је њихово монополистичко удруживање остварено¹⁾.

У правној теорији и пракси је прихваћено мишљење да појам "монополски споразум" обухвата сва средства нарушавања слободне утакмице, која могу бити како правно (уговори, одлуке и други правни послови), тако и (условно гледано) неправног карактера (центлменски споразуми, договорна понашања, као и препоруке).

Монополски споразум, као правни акт јавља се у два основна вида – као класичан облигациони уговор /познат као картелни уговор/, или као одлука унутар групације привредних субјеката.

Што се тиче споразума којима се ограничава конкуренција исти могу бити хоризонтални, вертикални и конгломератски.²⁾ Међутим, јасно је да не треба претпоставити да је сваки споразум антиконкурентан. "Споразуми не морају бити антиконкурентни стога што, на пример:

(1) немају ефекта на конкуренцију, или

(2) стога што, иако елементи споразума ограничавају конкуренцију, корист од споразума претеже над створеним ограничењима конкуренције.³⁾

С друге стране, јасно је да постоји различит правни третман споразума, у зависности од врсте споразума. Неки од њих јако негативно делују на конкуренцију, и могу бити забрањени *per se*, а други могу бити третирани у складу стандарда разумне дискреционе процене. У вези са тим, јасно је да хоризонталне и вертикалне споразуме треба различито третирати. Такође се различито могу третирати и одређене групе споразума унутар ова два основна типа – јер није иста вероватноћа да различити споразуми могу исто деловати на конкуренцију.

Када су у питању хоризонтални споразуми, постоји начелан став да исти штете конкуренцији. Међутим, и у оквиру ове исте категорије треба разликовати две врсте споразума. Једна врста је директно усмерена против слободне конкуренције (картелни уговори). То су тзв. огољени (*hard – core*) споразуми, и по правилу,

1. Сукијасовић М., Одредбе о решавању спорова у трустовским споразумима, спољнотрговинска арбитража 1. Београд, 1963, с.65
2. Хоризонтални споразуми настају између компанија истог производно – прометног ланца. Вертикални споразуми постоје између компанија који се налазе на различитим нивоима производно – прометног ланца, док конгломератски споразуми могу имати, најчешће, елементе и хоризонталних и вертикалних споразума.
3. Беговић, Б. и др. – Нова антимонополска политика, Београд 2003. стр.62

по закону треба да се третирају као забрањени.⁴⁾ Сматрамо да у ову групу улазе три врсте споразума:

- а) споразуми о утврђивању цена укључујући намештање тендера;
- б) споразуми о подели тржишта;
- ц) споразуми о ограничавању (контроли) производње и трговине (увоза и извоза).

У поступку испитивања ових споразума по правилу се испитују само чињенице њиховог постојања не улазећи у оцену последица њиховог постојања, собзиром да су ови споразуми забрањени *per se*.

У другу групу споразума спадају сви остали хоризонтални споразуми. За исте не би требало да важи принцип забрањености *per se*. Да ли су исти штетни за конкуренцију треба размотрити последицу коју могу изазвати а у складу са стандардом разумне дискреционе процене. При томе правило *rule of reason* (здрог разума) мора укључити све битне елементе од утицаја на конкуренцију како статичког тако и динамичког карактера.

Када су у питању вертикални споразуми, по правилу за њих важи претпоставка да исте не треба сматрати забрањеним *per se*. У утврђењу да ли исти негативно утичу на конкуренцију, примењује се начело дискреционе процене. Ови споразуми несумњиво могу поспешити динамички аспект конкуренције. Међутим, извесни правни системи (као нпр. одредбе чл. 81 Римског уговора) садрже забрану одређених вертикалних споразума као – ексклузивно пословање (*exclusive dealings*), намештање продајних цена и сл. Штетност вертикалних споразума може бити присутна ако производе штетне ефекте на економску ефикасност и благостање и то само они који имају хоризонталне ефекте. Такав негативан ефекат најчешће може произвести уговор о искључиво дилерском односу (ексклузивна дистрибуција) обзиром да се исти по правилу закључују за одређену територију (одређено тржиште). С друге стране, овакав споразум може бити само привидан тј. наметнут (што је и најчешћи случај) а да се у ствари ради о злоупотреби доминантног положаја намештањем - закључењем таквог споразума. Стога се у анализи оваквих случајева мора поћи од тога да ли постоји доминантна позиција барем једне од странака (што кад су у питању велике компаније је често присутно). Ако је та моћ присутна, штетни ефекат ће бити видљив, а у таквим случајевима санкционисање је могуће и кроз одредбе које регулишу злоупотребу монополског положаја. Ипак, оваква позиција терет доказивања штетности пребацује на тужиоца што опет иде у прилог одбацивања тезе о *per se* забрани верикалних споразума.

2. Споразуми о утврђивању цена

Конкуренција ценама представља носећи стуб праве конкуренције. Она чини срж тржишне утакмице и њено негирање значи негирање конкуренције као

4. Склапање истих већина закона третира као кривично дело или у најмању руку као прекршај.

такве. Позитиван ефекат конкуренције ценама за друштво у целини је очигледан. Јер, сваки конкурент који успева да производ понуди по цени нижој од другог конкурента натераће друге конкуренте да економичније послују и да снизе цене. За економију је то позитиван ефекат, а у супротном други конкуренти морају да напусте тржиште. С тога се споразуми о ценама сврставају у категорију апсолутно недопуштених картелних споразума⁵⁾.

Правна доктрина јасно заузима став да споразуми о утврђивању цена по својој природи односно по последицама које они нужно производе, неоправдано сузбијају конкуренцију. Тако је у извештају поднетом Конгресу САД још 1927 године изнето да... " Циљ и резултат сваког споразума о одређивању цена, уколико је исти ступио на снагу, састоје се у уклањању неког облика конкуренције. Власт одређивања цена, вршила се она оправдано или не, обухвата власт контролисања тржишта и одређивања произвољних и ненормалних цена⁶⁾.

Суштина ових уговора је да одређене компаније одређену робу продају по договорној цени која је по правилу већа од тржишне цене. Значи, цена није тржишна јер иста не одражава постојање трошкова производње плус разумну маржу. Резултат тога је већи профит који компаније остварују. С друге стране, ако постоји недовољна еластичност тражње за таквим производом (могућа заменљивост производа) деловање на конкуренцију може бити разорно.

У извесном смислу ефекат оваквог картелног уговора може имати и позитивну страну за конкуренцију. Ако се разлика у таквој цени употреби за даље унапређење производње и технолошки развој, теоретски се поспешује динамички аспект конкуренције. Споразум о већој цени привући ће друге компаније да наступе на том тржишту са нешто нижом ценом али са евидентном зарадом. Међутим, оваква ситуација је остварива ако би се уговор односио искључиво на малопродајне цене и ако улазак нових конкурената дозвољава теорија економије обима. У пракси, овакви случајеви су веома ретки.

Картелни споразуми о непосредном утврђивању малопродајних цена су ретка појава. У питању су хоризонтални споразуми који су јасно препознатљиви а обзиром да су по правилу *per se* забрањени (јер нарушавају конкуренцију) учесници

5. Америчко право исте сматра недопуштеним о чему сведоче до сада цитирани прописи /чл. 2. Шермановог закона и сл. /, за право ЕУ чл. 81 . ст. 1 . под /a/. Немачки закон против ограничавања конкуренције предвиђа у чл. 1. чл. 15. чл. 19. и чл. 21. Закона. Британско право начелно исте није забрањивало, али су сходно чл. 6 . ст. 1 . под /a/ Закона о рестрективним праксама трговине из 1976 г. подлежали обавезној регистрацији. Судска пракса је у решавању ових проблема опет полазила од укупне ситуације на тржишту мада се ипак генерално може извести закључак да исти нису благонаклоно третирани, већ напротив често су сврставани у категорију забрањених споразума. Закон о конкуренцији, из 1998. године, је у том погледу усагласио одредбе из ове области са чл. 81. Уговора ЕУ тако да се исти сада у праву Велике Британије такође сматрају недопуштеним. Француски Трговачки законик такву забрану предвиђа у чл. Л-410-1 као и у чл. Л-420-1-И и чл. Л420-5. У суштини ове одредбе су прилагођене одредбама комунитарног права.
6. United States v. Trenton Potteries Co., 273, US 392,396 – 398 (1927).

подлежу кривичној и прекршајној одговорности. Стога се исти у пракси у овако директном облику практично и не срећу. Чешћи облик уговора о утврђивању цена се јавља у посредном уговарању продајних цена. Ипак, пракса намеће разне ситуације. Тако произвођач при продаји свог производа може да има потребу и да пружи додатне услуге које се најчешће састоје од услуга информисања потрошача о особинама производа тј. везане су за промоцију и рекламу. То изискује додатне трошкове, али та услуга се не може одвојено наплатити, већ се ти трошкови могу наплатити само кроз већу цену производа. Али, у таквим ситуацијама може доћи до појаве тзв. "слободних јахача", односно продаваца који сами не пружају такве услуге, већ пусте потрошаче да се информишу о особинама производа код продавца који им то омогућава, а потом купи производ код ових првих, по нижој цени који су у могућности да то понуде, јер немају трошкове додатних услуга⁷⁾. Да би то спречио, произвођач настоји да утврди минималну цену по којој продавци могу да продају његов производ и на тај начин их примора да примене друге начине конкурентске борбе тј. да кроз своје додатне услуге издејствују већи обим продаје.

Све то указује на чињеницу да је један овакав поступак произвођача оправдан. Међутим, често се поставља питање да ли су понуђене додатне услуге потрошачима заиста потребне и корисне. Купци који дуже време купују тај производ и упознати су са његовим особинама немају потребе за тим информацијама као нови купци, али им је ипак наметнуто да плаћају већу цену. Док поједини теоретичари уопштено наводе да рекламе и промоције не представљају непотребан трошак јер то доприноси информисању потрошача о особинама производа⁸⁾ други полазе од премисе да ли је таква информисаност заиста потребна свим потрошачима⁹⁾ при чему се узима да је посебно од значаја њихово субјективно вредновање производа.

Посматрано са аспекта директног утицаја на конкуренцију показало се да је најбитније разграничити каква је еластичност тражње за тим производом. Уколико је конкуренција тих производа довољно јака /на тржишту постоји велики број супститута за њега/ произвођач се неће усудити да понуди додатне услуге ако сви, или највећи део потрошача немају потребе за њима. Такође, то неће да има негативан утицај на конкуренцију. Напротив, недостатак конкуренције других производа створиће прилику да се са таквим понашањем нарушава конкуренција. При свему томе је потпуно небитно како се ова пракса спроводи – да ли путем договора

7. Ближе о томе види: Posner, Richard, Antitrust Policy and the Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Mergers and Potential Competition Decision, "Columbia Law Review", 2/1975, стр. 285.
8. Тако, Posner, R., The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision "The University of Chicago Law Review" 1/1977, - као најтипичнији представник чикашке школе економиста.
9. Види: Comanor, William, Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy, "Harvard Law Review", 5/1981 стр. 990.

између произвођача и дистрибутера или произвођача¹⁰⁾, или унилатералним актима произвођача, ако се продавац не придржава утврђених цена.

С друге стране, правни системи су се много строжије односили према овим, него према неким другим облицима којима се може нарушавати конкуренција, посебно када је било у питању споразумно утврђивање цена.

У америчком праву забрана праксе утврђивања цена условљен је начелом слободног привређивања тј. да сваки субјект има право на слободан избор пословног партнера са ким ће ступити у промет. С тога је правна допуштеност вертикалног утврђивања цена, у америчком праву оцењивана с обзиром на начин на који се иста врши. Практично, пука форма учињеног акта је оцењивала да ли је у питању дозвољени или недозвољени чин. Ако је реч о споразуму такав акт би се сматрао апсолутно недопуштеним. Ако се исти резултат постиже једностраним актом произвођача или трговца он ће се сматрати правно допуштеним јер произилази из загарантованог права на слободно привређивање.

У логичној оцени оваквог става америчког антимонополског права закључак би засигурно деловао збуњујуће. Међутим, објашњење тога се може наћи у чињеници да америчко право у старту прави разлику тј. раздваја споразуме или удруживања која ограничавају трговину као картелне споразуме /чл. 1. Шермалновог закона/ од самог акта монополисања /чл. 2. Шермалновог закона/. Док чл. 1 забрањује сваки споразум или удруживање који ограничавају трговину дотле чл. 2 проглашава недопуштеним само оне акте једног лица који се врше у циљу постизања или одржавања монопола¹¹⁾.

У теорији постоји и друго могуће образложење различитог третирања вертикалног одређивања цена путем уговора. Основ таквог тумачења нађен је у судском прецеденту¹²⁾ и тумачењу момента стицања својине. Суд је нашао да је продајом робе дистрибутеру иста прешла у његову својину па би допуштањем произвођачу да ограничи цену по којој ће дистрибутер даље вршити продају значило да се дистрибутеру ограничава његово право својине. Такво тумачење не би важило у случају да дистрибутер наступа као заступник произвођача. У литератури се пак наводи да све ово не доводи до суштинске разлике ако се има у виду циљ норми за заштиту конкуренције.

При оцени односа британског права према поступку утврђивања цена, генерално би се исти могао оценити као неповољан. При томе, за разлику од америчког права пошло се од последице која се тим актом производи а не од формалне разлике у актима који се предузимају. Практично, није од утицаја да ли је у питању вертикално утврђивање продајних цена или је присутан било који други једностранни начин одређивања продајних цена између снабдевача и дистрибутера. Шта ви-

10. Ово понашање је познато као тзв. вертикално утврђивање цена.

11. Овако разликовање одражава филозофију која подржава слободу и иницијативност индивидуалног предузећа, а гледа са сумњом на колективне акте.

12. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U. S. 373 /1911/, према др Марковић-Бајаловић Д., Тржишна моћ предузећа и антимонополско право, Београд 2000. стр. 177.

ше, у одредби чл. 9. Закона о препродајним ценама, набројани су најчешћи начини вертикалног утврђивања цена који се срећу у пракси "као саставни делови уговора између снабдевача и дистрибутера, као услова за пристајање снабдевача на закључивање уговора, као препорука о минималним препродајним ценама, или као одбијање снабдевања због непридржавања препоручених цена".¹³⁾

Но, без обзира на једну тако доста строгу законодавну регулативу, то не значи да изузеци нису били могући. Тако чл. 14. Закона дозвољавао да суд, из прагматичних разлога, може допустити вертикално утврђивање продајних цена. Разлог томе су случајеви ако би забрана довела до смањења квалитета робе или разноврсности њене понуде, до смањења броја објеката у којима се роба продаје у малопродаји, до повећања цена у малопродаји, до продаје робе под условима који проузрокују опасност за здравље као последица њене погрешне употребе од стране потрошача или би довела до смањења или потпуног престанка пружања купцима неопходних додатних услуга, приликом или после продаје робе.¹⁴⁾

Међутим, и код овакве регулативе, то не значи да се посао суда своди само на утврђивање да ли су испуњени услови за изузеће. Институт заштите јавног интереса је одлучујући фактор. Тачније, суд мора да утврди која би штета забраном вертикалног утврђивања продајних цена настала за јавност тј. потрошаче у поређењу са штетом која би била изазвана допуштањем успостављања таквог система утврђивања цена. Ако би штета за потрошаче била већа тј. ако би иста поништила користи од додатних услуга онда је повреда јавног интереса очигледна што би подразумевало неповољан став према вертикалном утврђивању продајних цена. С друге стране то је нужно утврђивати у сваком поједином случају или бар појединим категоријама случајева.

У праву ЕУ овај проблем је доста садржајно обухваћен. Тако чл. 81. Уговора изричито непосредно или посредно утврђивање куповних или уговорно утврђивање продајних цена уколико је циљ или последица истих спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције унутар заједничког тржишта. С друге стране и из чл. 82. Уговора произилази да се санкционишу и унилатерални акти усмерени ка таквом понашању. Тако се санкционише свака злоупотреба у коришћењу доминантног положаја а које се према тач. /а/ испољава кроз директно или индиректно наметање неправичних куповних или продајних цена.

Немачко право јасно подржава принцип вођења сопствене ценовне политике као приватно право појединих и дистрибутивних предузећа. Исти изворе из начела слободе привређивања. Међутим, то не значи да је утврђивање цена - посебно вертикално утврђивање цена, допуштено. Ако се узму у обзир одредбе чл. 19 ст. 4 и чл. 21 ст. 1 – 4, може се закључити да је став законодавца у том погледу негативан. Закон посебно не истиче ни једностранни акт произвођача нити пак договорно вер-

13. Resole Prices Act, 1976. Одредбе се више не примењују, ступањем на снагу новог Закона о конкуренцији 2000. године, али је њихов значај и те како важан у теоријском смислу јер доста сликовито могу да допринесу разјашњењу проблема.

14. Детаљније о анализи тих услова види: Марковић-Бајаловић Д., *op. cit.* стр. 178.

тикално утврђивање продајних цена. Међутим, стилизација регулативе је доста и садржајно јасно одрађена. Као негативном, сматра се она пракса која угрожава конкурентске могућности других предузећа у оној мери која се може сматрати значајним за стање конкуренције на тржишту у целини. Одатле произилази закључак да и додатне услуге које се пружају уз продају производа, уколико то има негативне последице на потрошаче /напр. неоправдано плаћају већу цену због скупоцене амбалаже, ексклузивности објекта у коме се врши продаја и сл. / може негативно утицати на стање конкуренције на тржишту те да такво понашање подлеже забрани.

Забрану ових споразума француско право прописује у чл. Л-420-1 Трговачког законика, који забрањује све уговоре који имају могућност негативног ефекта на конкуренцију. Тако у ст. 2. Закон као споразум који нарушава конкуренцију, наводи споразуме који спречавају утврђивање цена путем слободне тржишне утакмице. Ово спречавање укључује све споразуме о ценама као: одређивање униформне цене, начин утврђивања цене, висину цене, одобравање снижења, одобравање препродаје по утврђеној цени, као и свако саопштавање о формирању цена. Листа споразума о утврђивању цена овим није исцрпена што надлежним органима даје ширу могућност у погледу оцене угрожености конкуренције таквим споразумима. Забрана злоупотребе прениских цена прописана је већ поменути чл. Л-420-5 Трговачког законика, мада се може рећи да су правила Трговачког законика и правила ЕУ, у овој области практично идентична.

Закон о заштити конкуренције Србије од 16.09.2005. год. (Сл. гл. РС бр. 79/2005.), у чл. 7 став 2. тач. 1. изричито забрањује овакве споразуме (уговоре) и исте сматра ништавним. У суштини, може се констатовати да назначени пропис практично представља преузету одредбу чл. 81 Римског уговора, с тим што став 1. Закона о заштити конкуренције РС дефинише и на који начин се постигнути договори могу манифестовати (као пређутни договори, усаглашене праксе, одлуке удружења учесника на тржишту) што се свакако може сматрати бољим и савременијим законским решењем (формулацијом). Извесни недостатак у формулацији огледа се у недостатку дефинисања начина (листа) тог утврђивања цена (нпр. утврђивање висине цене, начин утврђивања цене, фиксирање препродајне цене и сл.) што може довести до различитог тумачења у оцени забрањености споразума у појединачним случајевима.

Споразуми о подели тржишта

На терену међународног пословања мултинационалне компаније се удружују и деле свет. Одређене територије проглашавају се зоном појединих партнера. Друге територије се проглашавају заједничким подручјем, на коме све компаније могу наступати. Треће се потпуно искључују из пословања. "Поред тога, партнери међусобним договором одређују коју количину односног артикла сваки од њих сме да произведе и изнесе на дозвољено тржиште".¹⁵⁾

Споразуми о подели тржишта у светским размерама, од стране назначених компанија, нису били ретка појава. Због тога, претила је опасност да се светска трговина, не само води, већ и регулише, па чак и санкционише приватно. Стога је још у старту постало јасно да подела тржишта имплицира отклањање конкуренције, што је нужно наметнуло потребу регулисања и забране оваквих споразума.

Споразуми о подели тржишта спадају у типичне хоризонталне споразуме којима се нарушава конкуренција. Испитивање практичних последица истих је непотребно јер је поделу тржишта ради наводног очувања конкуренције немогуће бранити. Јер, како се истиче у извештају Националног комитета САД именованог од стране Државног тужиоца САД од 17.08.1953. године, "...кад се стварни, односно потенцијални конкуренти споразумеју да не конкуришу један другом на одређеним подручјима, или у односу на одређане купце, долази од смањивања броја купаца на сваком тржишту које чини предмет тога споразума... То су споразуми чија се једина сврха састоји у томе да се укине конкуренција"¹⁶).

Законодавна решења појединих држава назначене споразуме сврставају у групу *per se* забрањених споразума. У САД члан 1. Шермановог закона проглашава незаконитим сваки уговор, удруживање, заверу или други начин којим се ограничава промет или трговина међу појединим државама, односно са страним земљама. Ако се пође од премисе да је слободно тржишно привређивање "природно право" сваког привредног субјекта, то подразумева и да сваки привредни субјект има легитимно право да слободно и под једнаком условима са осталим конкурентима ступи на одређено тржиште и самостално определи цену и услове продаје свог производа или услуге. Ако постоји "споразум" онда не постоје ни једнакви услови наступа што ће сигурно негативно деловати на конкуренцију.

Посматрано изоловано, стиче се утисак да се забраном оваквих споразума штите позиције других конкурената што и јесте тачно, али у основи крајњи ефекат ове забране је заштита конкуренције.

Сходно толеранцији картела, право Велике Британије је и ову врсту картелних споразума толерисало све до краја II светског рата. Након тога заузима се рестриктиван став према монополима и картелима, посебно хоризонталним споразумима а забрана је оличена у Закону о монополима и рестриктивној пракси 1948. год. Главни филтер процене недозвољеност истих је да ли се таквим споразумом нарушава конкуренција те да ли је све то у супротности са јавним поретком. Ипак, комплетнију заштиту од оваквих споразума британско право постигло је доношењем Закона о рестриктивним трговинским праксама из 1956. године, при чему је контрола оваквих споразума прешла у надлежност посебног одељења Врховног суда (суд за рестриктивне праксе). Тим законом је установљена и обавеза пријав-

15. Сукијасовић М., *op. cit.* стр. 80.

16. Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws Washington, March 31, 1955 стр. 26. Комитет је бројио 75 чланова али је интересантно да су сви чланови (изузев 4 који су били из државних органа као званични представници) учествовали у приватном својству и као стручњаци из ове области.

љивања свих рестриктивних споразума у посебном регистру. Та традиција забране споразума о подели тржишта садржана је и у Закону о рестриктивној трговинској пракси из 1976. године. Ипак, може се констатовати да је комплетну заштиту од ове врсте споразума британско право постигло доношењем Закона о конкуренцији из 1998. године. У глави I Закона прописана је забрана споразума о подели тржишта (ако исти ограничавају или спречавају конкуренцију), а што у суштини конципира решење из члан 81. тачка Ц. Уговора о оснивању ЕУ (Римског уговора). Тиме је практично Велика Британија из ове области регулативе потпуно презела из права ЕУ, не само законска решења већ и обавезу придржавање праксе Суда правде и Комисије.

У праву ЕУ, забрана ове врсте споразума предвиђена је у члану 81. тачка Ц, који прописује да су неспојиви са заједничком тржиштем и забрањени сви споразуми, одлуке као и договорна пракса који – деле тржиште или изворе снабдевања. Значи у питању је одредба која споразуме о подели тржишта у старту сврстава у категорију забрањених.

Немачко право, верно начелу слободе привређивања, подржава принцип слободног наступа на тржишту као потврду тог начела. Стога се забрана оваквих споразума може подвести генерално под чл. 1. Закона против ограничавања конкуренције који забрањује све уговоре који имају негативан утицај на тржишне услове у промету и конкуренцију. И поред ове могућности, санкционисање оваквих уговора би се могло подвести под члан 15. Закона (који регулише вертикалне споразуме), затим под члан 25. ст. 1. (који регулише усаглашена понашања) а под одређеним условима и под чл. 26 Закона.

Француско право конкуренције, споразуме о подели тржишта априори сматра незаконитим. Тако, Трговачки законик у чл. L420-1 као забрањене споразуме којима се нарушава конкуренција убраја /тач. 4./ и споразум о подели тржишта или извора набавке. При томе, није чак ни битно да ли је споразум склопљен ради нарушавања конкуренције, нити да ли је споразум спроведен. Довољно је само његово постојање а под ове споразуме могу се подвести и споразуми о дистрибуцији који деле географска тржишта, уговори о подели клијентеле и сл., јер органи за примену прописа нису обавезни да конкретни облик нарушавања конкуренције подведу под категорије споразума које закон "нелимитативно" набраја.

У праву Србије забрана ове врсте споразума прописана је у ставу 2. тачка 3. члана 7. Закона о заштити конкуренције. При томе назначени пропис под поделом тржишта укључује и поделу извора набавке.

Очигледно је да кад се узму у обзир и законодавна решења и теоријска схватања да је поделу тржишта тешко бранити. Судска пракса је схватила да подела тржишта озбиљно нарушава конкуренцију и у решавању појединачних случајева углавном заузима став у прилог *per se* забране оваквих споразума.¹⁷⁾ Тако је нпр. у случају "General Electric",¹⁸⁾ суд нашао да је споразум од 01.04.1919. године постојала подела тржишта, да споразум очигледно штети конкуренцији те да се исти може подвести под забрану предвиђену чл. 1. Шермановог закона. Између компаније

"General Electric" и новоосноване компаније "International General Electric" (IGE) закључен је споразум о подели тржишта по коме је било предвиђено да првој компанији припада тржиште САД, колоније и зависна подручја изузев Филипина, Порторика и острво Вирџинија, док су другој компанији припале све остале територије. Такође, компанија IGE је имала закључен споразум и са холандском компанијом "Philips" а исти се односио на узајамну размену патената и информација о производном процесу. Подела тржишта је извршена тако што су IGE-у припале територије САД, Канаде, Јапана и Њуфаундледа, док је Филипсу припала територија Холандије, Белгије, Луксембурга и њихове колоније. Разне су земље биле искључене из уговора, док је остатак света представљао заједничко подручје на којем су могле пословати обе уговорнице.

Споразум о подели тржишта може бити скривен и иза споразума о заједничком улагању (*joint venture*). Тако су, Британска и Француска компанија "Timken" закључиле споразум о "Заједничком подухвату" у погледу производње кугличних лежачева. Међутим, споразум је садржавао и одредбе о подели светског тржишта. По тужби америчке компаније, суд је нашао да је суштина циља споразума била да се отклони свака конкуренција како међу компанијама уговорницама тако и у односу на друге конкуренте. Врховни суд је потврдио одлуку првостепеног суда налазећи да је исправно утврђено да су назначене компаније писменим уговорима "... (1) међусобно поделили тржишта; (2) одредили цене производа једног партнера који се продају на територији других партнера (3) сарађивали како би узајамно заштитили своја тржишта и елиминисали конкуренцију "аутсајдера"¹⁹). Подела тржишта оквалификована је као прекршај Шермановог закона члана 1.

Подела тржишта у светским размерама налази се и у случају "Holorphane – Limited". Америчка компанија "The Holorphane Company" из Њујорка, мада регистрована у Делевару, и британска "Limited" из Лондона, и француске "Holorphane Française" из Париза, практично су поделиле тржиште у погледу стаклене расветне робе, укључујући и патенте, лиценце и заштитне знаке, тако што је америчкој компанији припала Северна и Средња Америка до Панамског канала, Филипини, Куба и Јапан, док је енглеској компанији припао остали део тржишта изузев Француске и њених колонија. Обавеза уговарача састојала се и у обавезном одбацавању поруџбине и захтева за понудама, које му достављају његови купци, кад год се сумња да ће роба по некој поруџбини бити испоручена на територију другог партнера²⁰).

17. Интересантан је покушај у случају "Timken" када је судија Франкфуртер у свом издвојеном мишљењу настојао да оправда поделу тржишта одричући да подела тржишта спада "... у тој мети у категорију *per se* прекршаја Шермановог закона да би ваљало занемарити испитивање практичних последица онога што се на папиру назива географском поделом тржишта. Timken Roller Bearing Co. United States, 341, US 593/1951, према Сукијасовић М., *op. cit.* стр. 75.

18. United States v. General Electric Co. et al., 82 F. Supp. 753 (1949).

19. Timken Roller Bearing Co. v. United State, 341 US 593 (1951), према Сукијасовић М., *op. cit.* стр. 75. у суштини, овај део споразума сматран је привеском главног споразума (*joint venture*).

У вези са оваквим картелним споразумима, интересантно је напоменути колико мултинационалне компаније полажу на стриктно поштовање њихових примена. Тако је нпр. у случају "Foundry", туженик (цесант, енглеска компанија) отказо тужиоцу (цесионару, америчком предузећу) уговор којим му је дао дозволу да, по његовом тајном производном процесу, производи и продаје одређени артикал, и то зато што се овај други огрешио о поделу територија. Грешка се састојала у томе што је цесионар на територији цесанта (Мексико) продао узорак односног артикла у вредности од само пет долара²¹).

У извесним ситуацијама врло је тешко раздвојити законите од незаконитих уговора. Нпр. то се посебно среће у случајевима када је у основи таквог уговора – споразум о изолованом искоришћавању лиценце. Проблем је доста осетљив јер је у питању законски монопол а споразуми поводом патентног монопола нису сами по себи незаконити. Тако је нпр. у случају "Brownell" суд САД нашао да лиценци споразум између немачког продавца лиценце (licensor) и америчког купца лиценце (licensee), којим се предвиђала подела тржишта у погледу робе произведене по пренетим патентима, законит и да је државни тужилац (жалилац у овом спору) незаконито вршио контролу над Ketchamovim правима²²).

Сличан став суд је заузео и у случају "du Pont". Ова компанија је оптужена за склапање противправног уговора са француском компанијом "La Cellophane", који је садржавао план за светску поделу тржишта а п којем је компанија ду Понт искључена из конкуренције на пољу увоза. Суд је одбацио тужбу налазећи да није незаконито лиценцирати тајну производног процеса уз територијална ограничења јер није по себи незаконито удруживање да би се ортачки експлоатисали одрађени проналасци односно одређено тржиште²³).

Супротан став о овом заузет је у већ поменутом случају "General Electric" при чему је констатовано да главни споразум "... заиста није узајамно лиценцирање, већ је у питању гола подела тржишта између две компаније као два бивша конкурента²⁴).

Све ово јасно указује да компаније, иако су уговори о подели тржишта забрањени *per se*, не ретко посежу за закључењем оваквих уговора али у прикривеној форми. Сви они имали су и имају за циљ елиминисање "аутсајдера" на светском тржишту и поделу истог између великих компанија. С друге стране, без обзира на

20. Споразум је успешно функционисао до 1954. године, када је поднета грађанска тужба у Охају. Суд је нашао да има места примени чл. 1 Шермановог закона и америчкој фирми наметнуо не само низ ограничења већ и активних радњи у циљу унапређења извозне продаје. Такође је америчкој компанији наложено да у наредних 5 година подноси извештаје шта је урађено везано за налоге из пресуде. Ближе о томе види: United State v. Holophane Co., Inc 1954.
21. Foundry Services, Inc, v. Beneflux Corp., 110 F. Supp. 857 (S. D. N. Y. 1953) према Сукијасовић М., *op. cit.* стр. 78.
22. Brownel, Ataty. Gen. v. Ketcham Vire&Mtg. Co. No. 13718,211 F. 2d 121 (CCA 9th 1954) према Сукијасовић М., *op. cit.* стр. 79.
23. United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co. 118 F. Supp. 41. 218 (D. Dela 1953).
24. United States v. General Electric Co. et cl., 82 F. Supp. 753 (1949).

релативно изграђену законодавну регулативу из ове области, судска пракса се често среће са проблемом како пре свега одвојити "законити" од "незаконитог" уговора па тек онда у доношењу закључка о степену угрожености конкуренције у конкретном случају.

4. Споразуми о ограничавању производње и трговине

У непосредној вези са споразумима о подели тржишта и отклањању конкуренције стоје и споразуми о ограничењу производње и трговине (увоза и извоза). У суштини подела тржишта се нужно одражава на увоз и извоз подручја у питању.

Основни смисао уговора о ограничавању (или контроли) производње је да се таквим поступком омогући наплата веће цене и оствари већи профит. То је посебно могуће у условима остварења теорије економије обима. Велике компаније, непосредни конкуренти, споразумно ограниче производњу (увоз или извоз), одређеног производа и тиме изазову вештачку "глад" потрошача за истим а што им омогућава и неоправдано подизање цене – наравно уз услов нееластичности замене производа. Улазак других конкурената на то тржиште је отежан или онемогућен, било због неопходности ангажовања великих средстава за покретање производње, или због непостојања развијене дистрибутивне мреже за пласман, непостојање сервиса за одржавање и сл. Резултат таквог споразума је очигледно нарушавање или ограничавање конкуренције. Стога су антимонополски прописи свих земаља углавном *per se*, забрањивали овакве споразуме.

У праву САД забрана оваквих споразума подвођена је под чл 1. Шермановог закона, који забрањује "... сваки уговор ... или удруживање којим се ограничава промет или трговина међу државама." По назначеном пропису, ови уговори, односно споразуми представљају правно обележје труста и трустовске политике, исти угрожавају конкуренцију и закључење истих представља заверу а тиме и прекршај антитрустовских закона.

Римски уговор у чл. 81. став 1. тачка б. прописује забрану ... свих споразума између предузећа, одлуке удружења или договорну праксу, чији је циљ или последица спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције а нарочито који:

б) ограничавају или контролишу производњу, пласман, технички развој или инвестиције.

Закон о заштити конкуренције Србије забрану ових споразума предвидео је у члану 7. став 2. тачка 2. Закона а под забрану су укључени и споразуми којима се ограничава технички развој или инвестиције.

Упркос забранама пракса је показала да су мултинационалне компаније приступале закључивању оваквих рестриктивних споразума. С друге стране, судска пракса је настојала да у примени забране оваквих уговора што објективније направи приступ и углавном су поништавани споразуму уколико се њима стварно ограничава или "озбиљно" ограничава производња или пласман, тј. увоз односно извоз, технички развој или инвестиције. Тако је у случају "Alcoa" суд нашао да по-

стоји картелни споразум о ограничавању производње иако ни једна америчка компанија није потписала картелни споразум. Споразум је био потписан од стране једне француске, две немачке, једне швајцарске, једне британске и једне канадске компаније. По споразуму од 3.12.1931. године уговорне стране су основале посебну корпорацију у Швајцарској која је повремено утврђивала квоте производње алуминијума. Сваком потписнику одређивана је квота у сразмери са његовим уделом у акцијама новог предузећа. Према споразуму из 1936. године измењен је систем одређивања квоте тако да сваки акционар има квоту према броју акција. Међутим, ако нека компанија произведе већу количину алуминијума од "дозвољене" морала је да плаћа накнаду која је прогресивно расла у односу на степен прекорачења.

Иако америчка компанија "Aluminum Corporation of America", није формално потписала овај споразум, иста је оптужена обзиром да су 50% њеног акцијског капитала поседовали амерички држављани који су истовремено били и акционари наведених страних компанија и обзиром да је рестриктивни споразум имао негативне ефекте на територији САД.²⁵⁾

Веома често се елементи уговора о ограничавању производње срећу код уговора о уступању права интелектуалне својине. Обзиром да је цесија целог патента у односима између компанија веома ретка,²⁶⁾ то се елементи картелног уговора ове врсте могу срести код уговора о лиценцирању. Поред уговорних одредби да се лиценца користи за одређено време и уз ограничење да се производи не могу продавати на одређеном тржишту уговорна клаузула се може односити и на количинско ограничење производње или извода лиценцираних производа²⁷⁾.

У случају "Holorphane" суд државе Охајо је нашао да постоје елементи рестриктивног уговора јер исти ограничавају извоз односно увоз. Према уговору, компаније (америчка и енглеска) су се обавезале да ће учинити све што је у њиховој моћи како би са своје територије на територију друге спречиле извоз робе коју ова производи.²⁸⁾ Оно што је проблематично у пословању мултинационалних компанија је то да ли овакви споразуми потпадају под удар антимонополских закона ако су закључени унутар саме компаније тј. између матичне компаније и афилијације односно друштва кћери. Повод за оваква размишљања дата су још 1949. године поводом издвојеног мишљења судије Jacksona у случају "Timken", који је нашао да ако би "било незаконито да нешто учини Тимкен сам, онда је недозвољен

25. United States v. Aluminum Co. of America 148 F. 2D.

26. До ње обично долази у односима између индивидуалног проналазача и компаније којој проналазач преноси сва своја права у вези проналаска. Изузетно, до цесије патента у односима међу компанијама долази у случајевима гашења компаније – носиоца патента, или приликом фузионисања са другом компанијом.

27. У вези правне регулативе и сузбијања оваквих појава, Министарство правде САД и Савезна трговинска комисија су 6.4.1995. године донели посебне Антитрустовске смернице за лиценцирање интелектуалне својине, којима се доста прецизно регулише ова област. Слично је урадила и Комисија ЕУ доношењем Правила о блок изузећима у уговорима о трансферу технологије 1996. године.

28. United States v. Holorphane Co., Inc. Civ. 2659., 119 F. Supp. 114 (S. D. Ohio 1954).

рестриктивни споразум закључен између матичне компаније и афилијације. Међутим, преовладао је став да ови уговори не могу подпадати под удар антимонополског права. Разлог је што зависна афилијација нема статус правног лица па би проишло да закључењем оваквог ангажмана матична компаније кује заверу са самом собом.²⁹⁾ С друге стране, основно правило уговорног права је постојање две странке, што у овом случају недостаје.

Кад су у питању уговори између издвојених јединица или матичне компаније и издвојене јединице, правна теорија заузима општи став да ако се тим уговорима у конкуренцији искључују трећи, да подлежу удару антимонополских прописа, јер је сврха таквих споразума удружена акција која води ка ограничавању или нарушавању конкуренције као инкриминисаној радњи. Стога је, обзиром на циљ и могућу последицу небитно да ли ту удружену акцију спроводе две потпуно независне компаније или, пак, издвојене јединице јене исте компаније.

Међутим, иако доктрина о "унутаркомпанијској" завери постоји иста није никада дословце примењивана осим у случајевима где су постојали други основи кршења антимонополских закона. Оправдање за овакве "пропусте" налазило се у оправдању да је ослањање на пословне јединице инспирисано разумом и допуштеним пословним разлозима. Сама пракса је схватила да се никакав друштвени циљ не би постигао ако би се филијалама забрањивало да, било међусобно, било са матичном компанијом, склапају уговоре да једни другима неће конкурисати. Основ овакве логике нађен је и у чињеници да овакву уговори у оквиру компаније представљају заверу унутар саме себе, те да као такви, са друштвено политичког аспекта, не представљају већу опасност по конкуренцију.

5. Закључне напомене

У основи праве конкуренције лежи слободно тржишно привређивање, које је најбоља заштита привредних субјеката али и најбољи регулатор тржишних односа. Не ретко, такви односи се нарушавају закључивањем монополских споразума који негативно утичу на конкуренцију. У случају слабе правне заштите поједини привредни субјекти или се повлаче са тржишта или финансијски пропадају. Конкурентна и развојна привреда делује на стабилност друштва. У заштити конкуренције законодавац има тежак задатак. Извесна ограничења у понашању привредних субјеката су неопходна а с друге стране слобода тржишног пословања не трпи никаква ограничења јер иста негирају ту слободу. У изналажењу адекватних решења судска пракса је у извесним ситуација ишла испред законске регулативе и тиме истој у изналажењу формулацијских решења трасирала пут.

29. У случају "Timken" енглеска и француска компанија нису биле потпуно зависни органи америчког "Timken", па је споразум подведен под забрану коју прописује чл. 1 Шермановог закона. Пошло се од резона да ... оно што не би било недозвољено да учини сам "Тимкен", не може као завера бити дозвољено ни ако га учине два правно одвојена лица.

Ilija Zindović LL.D.
Judge, District Court, Kraljevo
Assistant Professor of Business Academy, Novi Sad

MONOPOLY (OR CARTEL) CONTRACTS AND VIOLATION OF THE COMPETITION

Summary

In this work the author analyses characteristic forms of competition restriction arising from concluding monopoly contracts between market subject. Considering some questions he finds different treatment of those contracts depending both on the type of a contract and achieved effects. The agreement is not uncompetitive if the competitors are not affected by it or if the benefit gained by a contract prevail over competition restrictions. However, the author finds that three types of agreement influence the competition directly in a negative way so that they should be treated as forbidden by law. They are: fixed prices agreements including unlawful tenders, agreements on market division and agreements on production and trade restriction. Analysing controversial matters the author tries to light them up by comparing law systems as well as judicial proceedings attitude and legal measures in the field of competition restriction.

Key words: *monopoly, contracts, competition, protection, legal measures, judicial proceedings.*