

др **Свeйислав ТАБОРОШИ**  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др **Тaйјана ЈОВАНИЋ, LL.M.**  
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

## ЕКОНОМСКО ПРАВО КАО ПРАВО ТРЖИШТА И СЛОБОДА КОНКУРЕНЦИЈЕ

### Резиме

У модерној тржишној привреди се проблем обезбеђивања макроекономске ефикасности често своди на то како обуздавати експанзију оних који претендују на то да представљају јавни интерес и масом пројиса угрожавају саму суштини приватној и индивидуалној. У реалном привредном свету је инсистирање на аутономији воље, тржишној слободи и слободи избора делатности не само покушај одбране класичних овлашћења трансактора од пољитичке самовоље, него и пут којим се штиће тржишне институције. А ипак је то и гаранција ефикасности и економичности привреде. Следствено томе се не може сматрати да је Економско право (као Право тржишта) створено само у привредној регулативи, које садржи само ограничења основне принципе. Пре је то подручје у којем се социјално усклађују променљиви елементи око трендне вредности – очувања тржишних институција, које гарантују испуњавање тржишних функција. Конкуренција је битан атрибут, односно модел тржишта, а тржиште основни услов конкуренције. Ошуда се слобода конкуренције сматра општим интересом модерној демократски уређеној друштва. Заштита конкуренције не значи одсуство државе на тржишту, већ најчешће подразумева активну улогу државе у заштити јавној економској поретка који се заснива на слободи конкуренције.

**Кључне речи:** економско право, регулација, регулативно право, конкуренција.

## І Метаморфоза једне научне дисциплине: од државног интервенционизма до Права тржишта

Економско право је Право тржишта. Док је у почетним историјским облицима тржишта, које и данас препознајемо на пијацама, могући субјект интереса био само у односу продавац и купац, који су имали приближно једнаку економску снагу и информисаност, била је непотребна посебна државна регулатива читавог тржишног механизма, већ се интервенција јавноправног субјеката – државе – ограничавала само на *ex post* ситуације, када је нека од уговорних страна избегавала да изврши своје обавезе.<sup>1</sup> У периоду кодификација уговорног права и доношења првих компанијских прописа, улазак државе у сферу у којој су апсолутну доминацију имале аутономне воље трансактора не може се објаснити ограничавањем њихових слобода, већ напротив, гарантовањем тих слобода савесним трансакторима.<sup>2</sup>

Но, колевком модерног Економског права се ипак сматра ‘државни интервенционизам’,<sup>3</sup> односно покушај државе да отклони низ недостатака које има тржиште после велике економске кризе која је захватила развијене земље тридесетих година, као и после Другог светског рата. Но, идентификација тих недостатака је била прилично паушална, па се, не ретко, прелазило преко границе која је обезбеђивала гаранцију приватноправног интереса и аутономије воље трансактора. Држава је директивним мерама (мерама које се односе непосредно на пословање одређених предузећа) у толикој мери деформисала тржиште да се може рећи да је у оном облику интервенционизма којег називамо етатизмом тржиште било потпуно суспендовано. Рацио те интервенције је, свакако, био јавни, односно општи интерес, тј. привредна стабилност и развој, али је, попут других пројеката који почивају на добрим намерама, завршио фијаском. Стога је Право тржишта морало да буде развијено из пепела којег је произвела претерана државна интервенција. Ако је у том пе-

1 Што се често назива улогом државе као ‘ноћног чувара’ у контексту радова Фридриха Хајека. Friedrich von Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Vol I, Henley Routledge and Kegan Paul, 1973.

2 У том периоду функције државе су се амалгамирале са интересом трговинских асоцијација (нпр. еснафа) јер је било неопходно да се персонална примена трговачког права ограничи на оне који су заиста трговци, јер би се у супротном трговачке бенефиције могле злоупотребити. У том процесу држава, дакле, подржава колективне трговачке интересе когентним нормама јавног поретка заштите. Међутим, попут норми из уговорног права, и ове норме не ограничавају права трговаца већ их штите.

3 Marie-Luce Pavia, „Un essai de définition de l'interventionnisme“, у: *L'interventionnisme de la puissance publique*, Études en l'honneur du Doyen Georges Péquignot, Montpellier, 1984, Том. 2, стр. 549 и даље.

риоду главни приоритет био јавни интерес у тржишном амбијенту, онда је разграђивање таквог механизма морало да иде у смислу афирмисања приватног интереса и потискивања интервенције јавне власти. У процесима постсоцијалистичке транзиције је ова апотеоза приватног интереса често водила у реконструкцију тзв. „дивљег капитализма“, стања бременитог различитим социјалним сукобима. Међутим, улога Економског права је да усклађивањем и повезивањем јавног и приватног интереса створи оквире „социјалне тржишне привреде“.<sup>4</sup> Економско право је зато земљама попут наше, израз компромиса та два интереса који води стварању тржишних институција у којима би требало да буду избегнути они недостаци који су се манифестовали у земљама са дугом тржишном традицијом.

У периоду државног интервенционизма држава заиста врши пролиферацију управноправних норми у сфери привреде. Управно право директно утиче на сферу која је одређена дисциплинарним границама Грађанског односно Трговинског права. У њима се многобројне ситуације у којима се успостављају јавноправна ограничења приватноправним слободама,<sup>5</sup> односно изузеци од привредних слобода, у духу класичне правне теорије, опредељују као изузеци од принципа слободне диспозиције уговорних страна.<sup>6</sup> То указује на чињеницу да се ради о две релативно јасно разграничене скупине норми. Прву представљају аутентични јавноправни прописи којима се обезбеђује склад између приватноправних интереса појединих привредних субјеката и јавноправних интереса (трансактора и трећих лица), сада опредељених као целина националне привреде. Другу представљају норме које су успостављене ради усклађивања приватних, појединачних интереса са интересима неке друге групе. И овде је реч о компромису којим се опредељује не само ограничење приватних интереса групним, него и групних приватним. Једном речју, теза о ограничавању приватних интереса оним јавним или групним, идеолошки је производ заснован на илузији екстремног индивидуализма и ситне робне производње у којој је настао, као и пракси државног интервенционизма. Својим наглашеним обли-

4 Правно-социолошку упоредну анализу модела регулисања привреде у контексту јавног интереса (САД, Немачка и Француска) видети у: Yves Dezalay, „Between the State, Law and the Market: The Social and Professional Stakes in the Construction and Definition of a Regulatory Arena“, у: William W. Bratton, Joseph McCahery, Sol Picciotto, Colin Scott (editors), *International Regulatory Competition and Coordination*, Oxford, 1996, стр. 59–87.

5 Alex Jacquemin, Guy Schrans, *Le Droit Economique*, Paris, 1982, стр. 57.

6 Милан Бартош, „Развој привредног права ФНРЈ“, *Међународна јолиџика*, бр. 131/1955, стр. 13; Зоран Антонијевић, *Привредно право – организације удруженој рада и јослови јромейта*, Београд, 1983, стр. 4; Мирко Васиљевић, *Пословно право*, Савремена администрација, Београд, 1999, стр. 4–5 и 335–358.

ком, *о̄граничавање*, она имплицира да се претпостављено право раније уживало, па се касније смањило.

Из упоредног права, посебно социјалистичких привреда, у којима је Привредно право неспорно и искључиво било грана јавног права, јасно је проистицао закључак да је његова експанзија, правдана жељом да се подигне укупна ефикасност привреде, превеликим нормирањем постављала привредним субјектима толико ограничења да су ови велики део својих привредних потенцијала морали да посвећују активностима које нису биле у функцији њиховог привредног циља. Стога је ограничење таквом антитржишном схватању Привредног права оличено у класичном Трговачком односно Трговинском праву. За јавно право су ограничења слобода правило, за Трговинско су она изузетак. Напуштање илузије о либералном тржишту, нарочито у контексту постојеће финансијске кризе, и потреба увођења тржишне регулације, отвара широко подручје у којем мора да дође до усклађивања повезаних интереса што претпоставља и промену улоге управног апарата. А баш та управа представља основ механизма друштвене регулације, она је посредник између циља правне норме и његовог остварења, док је правосудна делатност „у бити пострегулација“.<sup>7</sup> У регулисању привреде разлика између судије и регулатора је у томе што судија делује *ex post*, а регулатор по правилу *ex ante*.<sup>8</sup>

Управна власт спроводи законе путем доношења одговарајућих управних аката (општинских и појединачних), као и вршењем непосредних активности потребних за њихово извршавање. Сем непосредне примене закона из области Економског права, она у вршењу ових послова штити и јавни поредак, дакле примењује и прописе који не спадају у Економско право у пуном смислу, већ су његови супсидијарни извори. Принцип законитости је, дакле, основ деловања управе у условима у којима постоји владавина права. Докле год се управа креће у оквирима законских овлашћења, она врши своју уставом поверену функцију. Но, проблем се сада састоји у томе какве законе односно друге опште правне акте управа спроводи. Поштовање закона њу формално ослобађа одговорности, али то још не мора да значи да она ефективно подржава онај тржишни концепт који је ефикасан и обезбеђује жељене економске и ванекономске ефекте. Закони којима законодавац уређује тржишне односе, као и друга за привреду обавезујућа правила, морају да садрже у себи елемент еластичности који ће омогућити да се привредни

7 Lucien Mehl, „За кибернетску теорију управног дјеловања“, у: Eugen Пушић (уредник), *Проблеми уйрављања*, Загреб, 1971, стр. 152.

8 Видети расправу на ову тему у: Bennito Arunada, Veneta Andonova, „Market Institutions and Judicial Rulemaking“, у: Claude Ménard, Mary M. Shirley (editors), *Handbook of New Institutional Economics*, Springer, 2005, Springer, 2005, стр. 229–250.

токови одвијају у оквирима јако динамичних промена са којима су субјекти суочени. Због тога је неопходно да право буде рефлексивно, да се у поступку доношења правних норми води рачуна о њиховим ефектима, како негативним тако и позитивним, односно подстицајима које стварају како би привредним субјектима било омогућено да свој интерес усклађују са јавним интересом.<sup>9</sup>

Привредни живот је, без сумње, најдинамичнији подсистем глобалног друштва. Стога се број, карактер па и дикција прописа који га регулишу мора да разликује од оних области правне регулативе у којима су те промене неупоредиво спорије. Однос когентног и диспозитивног садржаја у њима је другачији него у другим гранама јавног права, јер је често потребно да се исти закон различито примењује у различитим ситуацијама, односно да управни органи треба да својим деловањем истовремено уважавају не само принцип законитости, него и целисходности. Тим пре што Економско право није, попут других грана права, кодификовано.<sup>10</sup> Нити то може да буде управо због потребе високе еластичности.

У срединама у којима Економско право није изграђено на полазиштима регулације тржишта у којој учествују сви заинтересовани тржишни учесници и где јавна управа није у обавези да споводи и принцип целисходности, ова грана се своди на скуп државних прописа који регулишу функционисање тржишта кроз ограничења и когентне норме којима се установљавају посебни режими. Без обзира што је то био логички пут настанка Економског права, показало се да је класична државна управа недовољно спремна да уважава и принцип целисходности код спровођења прописа, услед чега је она често била оптуживана да је препрека развоју привреде. Економско право, наиме, захтева примену многобројних метода тумачења и усаглашавања.<sup>11</sup> Стога је неспорна тенденција да се класичној управи остави само надзор над спровођењем закона у области тржишта, а све оне одлуке код којих постоји потреба да се цени целисходност, односно подвргну процесу усаглашавања, препуштају посебним органима који формално не спадају у оквире управе већ 'јавне администрације' јавним (независним регулаторним) агенцијама.<sup>12</sup> Из свега тога следи да је однос Економског права са

9 О значају подстицајних механизма видети: R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, 2007, стр. 374–375.

10 „Привредно управно право за сада представља структурно и тематски неуређени скуп правила и прописа“. Rolf Stober, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Kluwer, 2008 (руски превод, Москва, 2008) стр. 19.

11 R. Stober, *нав. дело*, стр. 21.

12 Да би се једна институција сматрала независном регулаторном агенцијом, поред институционалног статуса неопходно је да буду испуњена три кумулативна услова

Управним правом врло сложен. „Уосталом, избалансирати законитост, делотворност и развој, фино подесити однос економских циљева и политичких потреба са захтевима реда, правде и правне сигурности – био је и остао изазов на макро и на микросоцијалној равни.“<sup>13</sup>

Очигледно је да се правна дисциплина коју најрестриктивније можемо да одредимо као скуп јавноправних норми којима се ограничавају приватноправне слободе појединаца<sup>14</sup> као субјеката тржишних трансакција суочава са проблемом доказивања своје опортуности. Задатак права није да ограничава слободе, него да их гарантује. Задатак права није, даље, да мења тржишну структуру, него да чува њене институције од тенденција које би је искривиле и онемогућиле му да обавља своје главне економске функције. Задатак права није да привреду потчињава политичком ауторитету власти и државе, него да на њу утиче превенцијом нежељених ефеката економских закона. Стога је, у суштини, дефиниција Економског права која је у употреби пример негативне дефиниције која је дериват општетеоријског схватања права као инструмента у рукама државе, која је, опет, схваћена као монопол принуде. А ми управо инсистирамо на чињеници да је јавни интерес који је предмет заштите непосредно општи, тј. директно се испољава као збирни интерес оних на које се норме односе. Но, до тог схватања природе Економског права се дошло тек последњих деценија, јер је процес развоја јавноправне заштите тржишних институција у већем делу историје имао баш такав, ограничавајући предзнак.

Уобичајено је да се, ради схватања природе неке појаве, она најпре дефинише у оквиру круга којем припада. Појави треба одредити *genus proximum* тј. род, а затим се указује на њене специфичности у оквиру рода. Ми полазимо од претпоставке да Економско право представља елемент Пословног права схваћеног у најширем смислу, али се оно налази у широком простору између граница класичног јавног и приватног права. Оно обухвата ‘вакум’ између граница, али улази и у сфере ‘приватног’. Читав комплекс пословноправних наука заснива на аутономији воља тржишних учесника. У појединим сегментима тог комплекса проблем координације приватног и јавног интереса јавља се искључиво као проблем пропорције, а не квалитета. Наиме, и код трговачког права, као области која је у највећој мери опредељена вољом уговарача, постоје одређена правила тумачења предуговорних ситуација или уговорних

материјалне природе: она мора да има регулаторна, надзорна овлашћења и могућност изрицања корективних мера у надзору. Claude Albert Colliard, „Préface“, у: Claude Albert Colliard, Gerard Timsi, Jean Austin, *Les autorités administratives indépendantes*, Actes du Colloque Paris, I, Presses universitaires de France, 1988, стр. 10.

13 Зоран Томић, *Управно право – систем*, Београд, 1998, стр. 141–142.

14 F. Klaussing, *Wirtschaftsrecht*, Marburg, 1931, стр. 61.

одредби која су постављена у циљу генералне заштите уговора, а не конкретних уговорних страна. У компанијском праву се статуси привредних друштава опредељују уз знатно виши ниво когентности норми, али је и тамо неспорна слобода оснивача да изабере врсту друштва која им одговара. У регулисању тржишта је број норми којима се нешто забрањује или прописује специфичан поступак за пословање још већи, али све те норме можемо да схватимо само као посебне правне ситуације које су једнаке за све учеснике који се нађу у одговарајућем тржишном стању или амбијенту. Дакле, то су посебни правни режими (имају правнотехнички карактер општих правних норми) на које трансактори морају да рачунају уколико се баве одговарајућим пословањем. Стога, формално, Економско право делује као скуп правила којима се штити јавни економски поредак и конкуренција на тржишту, али не као дериват појединачног интереса угроженог конкурента, него као обележје целокупног тржишног амбијента. У том контексту је обавезност или број норми Економског права већа него што су такве норме присутне у претходно поменутиим областима пословног права.

Поновно успостављање приватноправне (грађанскоправне) регулативе у области привреде, уз позитивно дефинисање надзорне улоге државног апарата, у погледу контроле примене закона, теку паралелно. Пошто процес транзиције претпоставља да се овој материји врате (наравно, услед цивилизацијског процеса развоја, у измењеном садржају), одговарајуће приватноправне карактеристике и она поново постане део корпуса Пословног права, *поставља се питање системској лоцирања ове дела позитивне права које се бави таквом измењеном улогом државе, а у оквиру дисциплинарних граница које познаје правна наука.* Уобичајено је да се ова материја раније излагала у оквирима Управног права, као Јавно економско право, док се њен комплементарни део заснован на усклађивању приватних интереса међусобно, у којем држава нема у том смислу активну улогу, сматра Правом конкуренције. Упркос многобројним променама које су доживеле, гране јавног права по својој природи не могу да у потпуности обухвате нову димензију деловања јавноправних субјеката као партнера у тржишној структури јер су ови, вршећи измењена овлашћења, суочени са потпуно другачијом логиком од логике власти.

Опредељујући га у корпусу пословноправних наука, као проширење пословног права елементима јавног,<sup>15</sup> извели смо закључак да је његов предмет тржиште, али смо затим, имајући у виду да је интерес друштва да путем ове гране регулише функционисање целине тржишних односа, а не појединих трансакција, указали на присуство јавноправних

15 Gérard Farjat, *Droit Economique*, Paris, 1982, стр. 44–46.

елемената који могу чак да доминирају. Било би потпуно погрешно уколико бисмо списак дилема око природе Економског права свели само на то где ће оно бити лоцирано унутар система правних области, јер се оно од других грана права разликује још по неким другим својствима. Оно је, наиме, више од већине других грана опредељено неким неправним детерминацијама, и његов бонитет се не може тестирати само хоризонталним упоређивањем са другим гранама, односно да ли је оно савршено уклопљено у традиционални модел правног система.<sup>16</sup>

Стога се са много основа може говорити и о потпуно новој грани која треба да „попуни“ насталу празнину и премости недостатке који проистичу из механичке поделе на гране које штите приватни или јавни интерес.<sup>17</sup> Видели смо, наиме, да је квалитетно функционисање тржишта истовремено и једно и друго. Главни аргумент у прилог наше тезе је чињеница да се некадашње прецизно одвајање двају сфера права, које је постало општеприхваћено после Улпијановог дефинисања њихових граница,<sup>18</sup> данас све више превазилази, јер се у норме јавног права, па и улогу државе, све чешће интерполише нешто што се „тиче користи појединаца“, тј. великих фирми, а у материји која се „односи на положај државе“ препознајемо интересе и политику великих пословних система. Промена улоге (јавне) управе и нови облици регулације разбијају стереотип о класичној подели на јавну и приватну сферу, односно између управног права и грађанског права.<sup>19</sup> Отуда се класична подела на јавно и приватно право сходно критеријуму јавног или приватног интереса (теорија интереса) чини превазиђеном.<sup>20</sup> Исто тако, стриктна подела на јавно и приватно право према карактеру, односно дејству норме на императивне и диспозитивне, чини се да је такође превазиђена. „Поистовећивање јавног са императивним, приватног са диспозитивним је сувишно откако наука располаже изразима *ius cogens* и *ius*

16 Karl M. Meessen, *Economic Law in Globalizing Markets*, Kluwer Law International, 2004, стр. 89–90; Maria Manuel Leitao-Marques, „Le Droit économique entre l'État et le Marché“, у: *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Dalloz, Paris, 1997, стр. 444.

17 F. de Kiraly, „Le droit économique, branche indépendante de la science juridique“, у: *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, tome III: Les sources des diverses branches du droit, Sirey, Paris, 1934, стр. 111.

18 *Publicum ius est quod ad statem rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.*

19 Christine Parker, John Braithwaite, „Regulation“, у: Peter Cane, Mark Tushnet (editors), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, 2003, стр. 125–126; Oliver Dawn, „Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre?“, *Revue internationale de droit comparé*, 2/2001, стр. 327.

20 О томе нарочито: Владимир Водинелић, „Разликовање јавног и приватног права“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 5, 1982, стр. 670–678; М. Пелеш, „Однос јавног и приватног права“, *Годишњак Правној факултету у Сарајеву*, 1972, стр. 202.



*dispositivum*.<sup>21</sup> Зато нам се чини оправданим инсистирање на поновном интегрисању одговарајућих фрагмената дисциплинарно издељених елемената нормативног система у оквир који би обезбедио непротивречно и систематско сагледавање читаве регулативе привредног живота.<sup>22</sup>

## II Право тржишта у оквирима ‘регулаторног капитализма’

Иако се сва места сусрета понуде и тражње изједначавају са тржиштима, у савременом свету се она веома диференцирају и јављају у великом броју облика и врста. Зато се и правила тржишног понашања (којима право надомешћује недостатак могућности да тржиште експлицитно дефинише своју вољу, тј. услове оптималне, ефикасне и друштвено најцелисходније размене) такође диференцирају, па ћемо сретати различита правила на различитим тржиштима. С обзиром да угроженост слободе воље тржишних субјеката нема исти значај за друштво на свим тржиштима, то ће се и заштита те слободе битно разликовати и у највећем броју случајева штитити *ex post*: судским поступком, на основу захтева оштећеног. Нормама Облигационог, а не Економског права, јер се може претпоставити да је учињено понашање напад на приватни, а не и на јавни интерес. Друга тржишта, пак, показују тенденцију да се приближе пуним привредним субјектима, јер добијају и елементе организационе структуре – на пример, берза. Таква тржишта не само да имају специфична правила, него и сопствени механизам за њихово спровођење који је најчешће довољан да обезбеди функционисање у складу са друштвеним стандардима и потребама. Свест о могућим деформацијама и далеко катастрофалнијим последицама њихове дисфункције је код берзи много присутнија него на тржишту роба. Али се, међу тржиштима, могу наћи и она где је неопходно комбиновати заштиту *ex post*, са заштитом *ex ante*, јер се може претпоставити да ће односи на тим тржиштима бити изразито деформисани. Управо се у томе огледа централни задатак Економског права које путем јавноправне контроле превентивно делује на настанак тржишних аномалија.

Крајње либерални тржишни образац, који се суштински заснива на претпоставци тржишта савршене конкуренције,<sup>23</sup> очигледно не

21 В. Водинелић, *нав. дело*, стр. 670.

22 О систематском карактеру Економског права као аутономне гране вид. нпр: Matteo Ortino, „The Notion of Economic Law and Regulatory Competition“, у: Karl M. Meessen, Marc Bungenberg, Adelheid Puttler (editors), *Economic Law as an Economic Good – Its Rule Function and its Tool Function in the Competition of Systems*, Sellier, 2009, стр. 103.

23 Борис Беговић, Мирољуб Лабус, Александра Јовановић, *Економија за њавнике*, Београд, 2008, стр. 185–193.

функционише увек на најбољи и најефикаснији начин, те је потребно идентификовати и исправити тржишне недостатке, односно надоместити негативан ефекат тржишних недостатака, што се често схвата као „мешање“ државе у погледу неке приватне активности.<sup>24</sup> Отуда схватање да је интервенисање когентним правилима оправдано само када је неопходно да се реши проблем тржишту инхерентних недостатака као што су екстерналије, морални хазард, непотпуна конкуренција или природни монополи и слично,<sup>25</sup> када се механизмима приватног права не може отклонити недостатак.<sup>26</sup> У том смислу, традиционално оправдање интервенције државе од стране (либералне) економске теорије, своди се на идентификовање тржишних недостатака које спречавају перфектну конкуренцију на тржишту, што је најбоље изражено кроз максимум „конкуренција кад год је то могуће, регулација само када је неопходно“.<sup>27</sup>

Међутим, либерализација тржишта, његова дерегулација и „замена конкуренцијом“, иако су утицали на слабљење непосредне државне интервенције, не подразумева да је држава одустала од регулације привреде. Деретулација<sup>28</sup> тржишта управо је условила јачање регулаторне улоге државе.<sup>29</sup> Регулација модерног тржишта није негација улоге државе у привреди, већ истаживање најподеснијег начина усмеравања привреде и привредних субјеката ка постизању друштвено пожељних циљева.<sup>30</sup> С тим у вези, концепт регулације привредног живота би требало да буде доктринарно неутралан, негде у широком простору између „марксистичке Харибде и ‘адамсмитовске’ Сциле“.<sup>31</sup>

Тржишни односи су у савременој привреди комплекснији него у условима привредног либерализма, поред осталог, и због тога што се поред класичних привредних субјеката данас јављају и нове институције

24 Barry M. Mitnick, *The Political Economy of regulation*, New York, 1980, стр. 2. и стр. 7.

25 Нпр. John Kay, John Vickers, „Regulatory Reform: An Appraisal“, у: G. Majone (ed), *Deregulation or Re-regulation – Regulatory Reform in Europe and the United States*, London, 1990, стр. 221–226.

26 „Where, then, market failure is accompanied by private law failure... there is a prima facie case for regulatory intervention in the public interest.“ Anthony Ogus, *Regulation – Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994, стр. 30.

27 J. Kay, J. Vickers, *нав. гело.*

28 Како се наводи у *Економској и њословној енциклопедији*, дерегулација је „напуштање одређеног облика државне регулативе и њихова замена конкуренцијом“, Београд, 1994, стр. 183.

29 Ross Cranston, „Regulation and Deregulation: General Issues“, *University of New South Wales Law Journal*, 5/1982, стр. 1.

30 Terence Daintith, „Regulation“, у: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XVII, Martinus Nijhoff, 1997, Глава X.

31 Claude Champaud, „Régulation et droit économique“, *Revue Internationale de Droit Économique*, Vol. 16/1, 2002, стр. 46.

које се по својој економској и друштвеној природи разликују од класичног предузећа. То су у првом реду држава са својим организацијама, а затим и неки други облици удружења која имају привредни ефекат, као што су синдикати и коморе. И саме компаније се по својој организацији, величини, расположивом капиталу и укупном друштвеном утицају разликују од обрасца развијеног за поимање тржишног трансактора у либерализму.

Зато за регулисање тако хетерогених односа не може да буде довољно постојање норми приватног права (Облигационог и Трговачког, заједно са специјализованим гранама попут Саобраћајног, осигурања, Банкарског и других), јер из карактера повезивања привредних субјеката проистиче и опасност по јавни интерес, односно привредни поредак. Поменути субјекти своје везе успостављају под условима који нису тржишни, или се, чак, повезују потпуно ван тржишта. Из тога би могла да настане опасност по одговарајуће друштвене системе (алокације и дистрибуције) јер би могао да се јави и дуалитет тржишних и вантржишних – административних или корпорацијских повезивања.<sup>32</sup> Ниво регулације специфичних тржишта зато неспорно мора да буде неједнак, али то не значи и да на било којем од њих може да у регулацији доминира само једна категорија интереса. Недавна глобална финансијска криза је јасно показала да је у регулацији финансијског сектора био девалвиран интерес нефинансијских партнера. Са друге стране, у реаговању на кризу се показало да је много виши степен законодавчевог волунтаризма од оног који је уобичајен код норми приватног права. Када као предмет деловања Економског права имамо поремећену и конфликтима оптерећену, економски неефикасну структуру у којој доминирају или једна или друга интересна компонента, основна водилца мора да буде рехабилитација самог тржишта. Доминирање приватноправне димензије у регулативи привреду води у циклично-анархичне токове, а доминирање јавноправне, која је инспирисана политичким опортунитетом, бар према свим досадашњим искуствима, у пад квалитета економије.

Поред тога што Право тржишта као свој директни предмет изучавања има скуп институционалних ограничења модерног тржишта (у смислу Јавног економског права), оно има још једну димензију: интегрисање друштвених правила у различитим, понекад и хетерогеним областима привредног живота и њихово усклађивање, односно регулација. То све у циљу како би се одржао јавни економски поредак (*l'ordre public économique* – *OPE*) и то кроз: 1) јавни поредак усмеравања

32 Michael E. Levine, Jennifer L. Forrence, „Regulatory Capture, Public Interest and the Public Agenda: Towards a Synthesis“, *Journal of Law, Economics and Organisation*, Vol. 6, 1990, стр. 167.

(*OPE de direction*) и 2) јавни поредак заштите (*OPE de protection*) којим се пружа већи ниво заштите у односу на приватноправни поредак.<sup>33</sup> Ова прва димензија није општеприхваћена, попут друге, и зато се у тексту користи израз Економско право у ширем смислу, када год њу имамо у виду, у смислу Регулаторног права.<sup>34</sup> Његов ужи садржај се и не може разумети ако у се истовремено не омогући да сагледа укуни ниво конзистентности свих привредноправних дисциплина, односно одговарајућих грана права, обзиром на циљну функцију коју ова дисциплина има, обзиром да она критеријум економске ефикасности ставља у директну везу са критеријумом законитости.<sup>35</sup> Зато је Економско право у ширем смислу и мета – позитивноправна наука, јер се, сем директног предмета бави и анализом конзистентности читаве привредне регулативе, како правне, тако и неправне. Свака норма је у својој дикцији специфична, јер опредељује одређено понашање трансактора у датој ситуацији у којој постоји могућност угрожавања тржишних функција, али се дух те норме може схватити само на основу интегративног познавања свих прописа који се односе на дату тржишну појаву. Економско право је формално далеко уже од појединих правних дисциплина, на пример Облигационог или Трговинског права, јер обухвата само нека ограничења тржишних елемента преко којих се субјекти повезују у систем, али је, са друге стране, садржински шире од појединих дисциплина јер се бави економским тестирањем усклађености њихових непосредних нормативних предмета: бави се не индивидуалном каузом (уговора) него друштвеном каузом коју удентификује са оптималним функционисањем тржишта.

Економско право је и нормативна дисциплина чији је предмет проучавања скуп норми којима се тежи успостављању равнотеже целине привредног живота једне заједнице кроз регулисање тржишта, тј. обезбеђује њихова усклађеност привредне структуре и њена динамичка стабилност. Из оваквог одређења јасно произлази да се оно не бави

33 G. Farjat, *нав. дело*, стр. 50–55.

34 Међу научним штивом посвећеном објашњењу ове (нове) дисциплине, којим ћемо се бавити у наредном истраживању, истичемо чланак професорке Frison-Roche којим је 'ударен темељ' ове дисциплине у Француској (односно метаморфоза Јавног економског права у модерно Регулаторно привредно право). Marie-Anne Frison-Roche, „Le droit de la régulation“, *Recueil Dalloz*, 2001, 610; Такође вид.: Stefan Lorenzmeier, Reiner Schmidt, „Public Economic Law as the Law of Market Regulation“, у: K. M. Meessen, M. Bungenberg, A. Puttler, *нав. дело*, стр. 115; Marian Döhler, „Das Modell der unabhängigen Regulierungsbehörde im Kontext des deutschen Regierungs- und Verwaltungssystems“, *Die Verwaltung*, Vol. 34, 2001, стр. 59; J. Massing, „Stand und Entwicklungstendensen eines Regulierungsverwaltungsrechts“, у: Hartmut Bauer, Peter M. Huber, Zygmunt Niewiadomski (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, Boorberg, Stuttgart, 2002, стр. 161.

35 Светислав Табороши, *Економско право*, Београд, 2003, стр. 20.

свим нормама чији је предмет привредни живот, већ само онима које имају као свој циљ да обезбеде да трансактори закључују уговоре којима оптимално задовољавају своје интересе, а да истовремено не буду на штету интереса трећих страна. Предметна оријентисаност норми Економског права се види из њихове експлицитне дикције, јер се односе на специфичне тржишне ситуације, а карактеристика коју смо определили као системски карактер (Економског права) у томе што све те норме морају да буду усклађене не само у правнотехничком смислу, него и да се могу идентификовати као средства која служе истом сводном циљу: превенцији деформисања тржишних функција. Односно, правна норма у том смислу представља стабилизациони инструмент.<sup>36</sup>

Централна област на коју делује Економско право су тржишни односи. Стога је непосредни друштвени ефекат норми чије доношење проучава ова дисциплине у модификовању дејства тржишних законитости. Модификовању, а не и замењивању, јер ваља неутрализовати или смањити интензитет оних тенденција у развоју тржишне структуре које доводе до трајне промене тржишних институција на начин који демантује основне тржишне функције. Дакле, непосредно се мења начин деловања тржишног механизма, и то не спорадично, од случаја до случаја, него кроз трајна, правно уређена и демократски прихваћена правна решења. Како закључује професор Радомир Лукић *„држава и њено право морају да убрзају развој економског живота ио иманентним економским законима, као што морају и да га убрзају, али никако не морају да га уоче или да му одреде други њени, суштински економским законима. Економски фактор остаје примаран и одлучујући“*.<sup>37</sup>

Економско право треба да обезбеди конзистентност, целовитост и непротивречност привредне регулативе, да буде основ за системско тумачење свих норми којима друштво регулише своју репродукцију. Стога је ова грана не само са становишта свог непосредног нормативног садржаја – скупа норми – него и начина њиховог доношења, другачија од класичних грана јавног права. Ту специфичност изражавамо кроз концепт регулације која подразумева и то да норме, у зависности од непосредног предмета нормирања, имају у извесном смислу водећи, а не само обавезујући карактер. Улога права није да само у томе да нешто нареди или забрани, већ и да подстакне понашање, *да усмерава, усклађује и њога*<sup>38</sup> интересе.

36 Terence Daintith, „Legal Analysis of Economic Policy“, *Journal of Law and Society*, Vol. 9, No. 2, 1982, стр. 191.

37 Р. Лукић, *Увод у право*, Београд, 1968, стр. 63.

38 Вид. значење израза ‘регулација’ нпр. у: Братољуб Клаић, *Рјечник сјраних ријечи, израза и крајница*, Загреб, 1962, стр. 1244; Милан Вујаклија, *Лексикон сјраних речи и израза*, Београд, 1980, стр. 785.

Нужност да се уважи и заштити и интерес који није исте врсте као онај који се гарантује приватном својином, даје основ за специфичну дефиницију Економског права као скупа јавноправних ограничења тржишних слобода. Уосталом, концепт регулације привреде у континенталној Европи дуго је био под маском директног интервенисања државе.<sup>39</sup> Али таква дефиниција је двојако проблематична: прво, зато што појам јавноправно ограничење у овом контексту није сасвим адекватан, будући да је суштина ове дисциплине одређена као процес регулације,<sup>40</sup> који подразумева координацију и балансирање,<sup>41</sup> а не супрематију јавног интереса над приватним, нити пуку демонстрацију државног империјума ради решавања проблема негативних екстерних ефеката.<sup>42</sup> Друго, што ограничење није ограничење слободе, већ управо гарантовање те слободе путем спречавања злоупотреба овлашћења из права својине. И најзад, гарантовање тржишних слобода, а не ограничавање, односи се и на чињеницу што онај који „ограничава“, држава, то чини на основу општих правних норми које су подложне оцени са становишта законитости и уставности, и што одговарајући органи морају да се крећу у оквирима тако утврђених надлежности. Стога се тим истим нормама ограничава и државни волонтиризам, односно друга противправна понашања јавноправних органа.

Са друге стране, динамика и развој тржишта указује на потребу за постојањем Економског права како би се кодификовале многобројне парцијалне измене правила понашања на тржишту, али и због тога што се одговарајуће норме формирају у посебном процесу стварања права, другачијем од класичног законодавног пута. Зато се са много основа може рећи да је Економско право израз и резултат тржишне регулације, дакле оквир којим се утиче и усмерава, а не само прописује понашање трансактора. Као што саобраћајни знаци служе регулисању саобраћаја путем лепезе знакова забрани и обавештења; нема сваки знак карактер прописа који повлачи санкцију. Са друге стране, Економско право као усмеравање тржишног саобраћаја претпоставља и то да се сама пра-

39 C. Champaud, *нав. дело*, стр. 23; Mohammed M. Salah, „Les transformations de l'Ordre Public économique. Vers un Ordre Public réglementaire?“, у: Marie-Anne Frison-Roche (ed.), *Philosophie du Droit et Droit Économique (Mélanges Farjat)*, Paris, 1999, стр. 269.

40 Односно процес регулације је њен објекат, тако: Marie-Anne Frison-Roche, „Définition du droit de la régulation économique“, у: Marie-Anne Frison-Roche (ed.), *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, Dalloz, Paris, 2004, стр. 7.

41 Једну од најбољих одредница процеса регулације дао је Еуген Пусић: „дјелатност систематског легитимног утјецаја на понашање људи према претходно постављеним критеријима“. Еуген Пусић, *Друштвена регулација*, Глобус, Загреб, 1989, стр. 149.

42 „У циљу решавања проблема негативних екстерних ефеката држава може да уведе регулацију делатности која емитује екстерне ефекте“. Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, *нав. дело*, стр. 344.

вила постављају кроз непрестано дограђивање механизма социјалног компромиса, тј. усклађивање парцијалних и интегративних економских интереса, што неки називају 'регулаторним капитализмом'.<sup>43</sup> Тај процес 'друштвених интеракција' је много сложенији од просте демократске расправе о предлозима закона у току њиховог доношења, јер подразумева многобројне манифестације непосредне регулаторне активности недржавних или незаконодавних институција.<sup>44</sup> Штавише, процес регулације поред императивне компоненте све више задира у домен приватног права, омогућавајући интернализацију регулаторне функције на нивоу привредних субјеката уместо непосредне државне интервенције ('приватизација регулације'), односно децентрализација регулације кроз хетерархијски однос јавне управе и регулисаних субјеката.<sup>45</sup> У основи ове идеје која се у правно-политичкој теорији назива 'процедурализацијом регулације'<sup>46</sup> је став да се циљеви могу постићи подстицањем привредних субјеката, уместо искључиво инструментима командно-контролне регулације.<sup>47</sup> Као што својом садржином превазилази границе јавног права, тако и у својој имплементацији Економско право захтева интеракцију државних институција, невладиних организација и организација насталих ради заштите приватних интереса уз координирајућу улогу јавне управе.

### III Усаглашавање супротстављених интереса учесника на тржишту ради очувања тржишта

Суштинско питање у вези са нормама Економског права, на основу којих се оне разликују од управноправних мера државе у привреди, јесте у мери поштовања пуне аутономије свих учесника на тржишту. Поштовање њихове својине и из ње изведених овлашћења је претпоставка присвајања резултата пословања, односно одговорности за соп-

43 David Levi-Faur, „The global diffusion of regulatory capitalism“, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 598/2005, стр. 12–32; John Braithwaite, *Regulatory Capitalism – How it works, ideas for making it work better*, Edward Elgar, 2008.

44 Gary Becker, „A Theory of Social Interactions“, *Journal of Political Economy*, Vol. 82, 1974, стр. 1063.

45 Gunther Teubner, „Regulatory Law: Chronicle of Death Foretold“, *Social and Legal Studies*, Vol. 1, 1992, стр. 463; Helmut Willke, „Societal Guidance through Law?“, у: Gunther Teubner, Alberto Febbraio (editors), *State, Law, Economy as Autopoietic Systems (European Yearbook on the Sociology of Law)*, Milano, 1992, стр. 353–388.

46 Julia Black, „Proceduralizing Regulation: Part I“, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 20, No. 4, 2000, стр. 597.

47 Gunther Teubner, „Substantive and Reflexive Elements in Modern Law“, *Law and Society Review*, Vol. 17, 1983, стр. 239.

ствене профите. А без те одговорности и ризика којег подразумева, не би било ни конкуренције ни подстицаја за развој. Зато је битно да схватимо да Економско право ниједним својим елементом не замењује вољу трансактора. Оно само мења круг претпоставки за доношење привредне одлуке свакоме од њих појединачно, али на начин који не познаје никакву дискриминацију. Трансактори ступају у различите уговорне и вануговорне везе искључиво у свом интересу, уз поштовање принципа економске логике, али им се, деловањем правних инструмената, такво понашање мења на начин којим ови истовремено са остваривањем сопствених циљева, уважавају и одговарајућа друштвена ограничења. Тако у резултанти дејства таквих ограничења видимо компромис између сопственог приватног (профитног, парцијалног и краткорочног циља) и јавног (дугорочног интереса оријентисаног на очување тржишних институција). Третирајући таква институционална ограничења као објективно задате оквире у којима слободно закључују уговоре са својим партнерима, трансактори, у суштини, у сваком појединачном подухвату уграђују у своју пословну одлуку чији је крајњи мотив профит, и најнижу, али неопходну меру ограничења која обезбеђују поштовање интереса неговорних страна или општег интереса. То има као резултат да се превентивно отклоне могућности за настанак сукоба. А пошто су поменута правила позната унапред, и по општим принципима права њихове измене не делују ретроактивно, то Економско право има и функцију да обезбеди владавину права.

Централна област друштвене репродукције на коју делује Економско право су тржишни односи. Стога је непосредни друштвени ефекат сопствених закона ове дисциплине модификовање дејства тржишних законитости у смислу неутрализовања или смањивања ефеката оних тенденција у развоју тржишне структуре који се сматрају друштвено непожељним, мада су „уграђене“ у метаболизам модерне тржишне привреде. Дакле, непосредно се мења начин деловања тржишног механизма, и то не спорадично, од случаја до случаја, него кроз трајна, правно уређена и демократски прихваћена правна решења.

За разлику од субјеката, који имају права и обавезе, тржиште је деперсонализовано, нема вољу способну да постане противтежа некој другој вољи. На нивоу појединог уговора такву контрадикторност интереса имамо, али се она уопште не види на нивоу укупности. То, међутим не значи да је та укупност правно ирелевантно стање, јер је улога права у привреди да делује синергично са економским законитостима које њима владају. Дакле Економско право мора да буде заступник и заговорник оних законитости које владају тржиштем, које нису у свести појединих уговорача, али морају да буду присутне у нормирању при-



вреде као јавни интерес. Зато се само делимично и привидно преклапају на нормама уговорног права, која претпостављају слободу воља, равноправност страна, савесност и др. Недостаци на нивоу појединачног уговора не морају да изазову реакцију браниоца самобитности тржишта – носиоца јавног интереса – али то не значи и да то не може да буде случај. Све зависи од процене друштвене опасности од ширења дате аномалије уговорног односа.

Општи услов постојања тржишта је узајамно признавање равноправности трансактора. Ако се не признају као равноправни, имамо однос ванекономске зависности, а не тржишни. Таква дефиниција слободе тржишног трансактора је доста ефикасно средство нормирања, јер јасно подразумева право оштећеног да захтевом за накнаду штете тражи да се субјект који није поштовао истоврсно право партнера обавезе да му надокнади штету. Међутим, у многобројним ситуацијама штета се не наноси уговорном партнеру већ трећем лицу. Класично приватно право је концептом квазиконтракта проширило одговорност штетника, али је и тако проблем остао лоциран у равни односа између приватноправних субјектата. Замислимо пример у којем један трансактор користећи неморална средства конкуренције изазове штету другоме. Отклањање штете на основу судске пресуде ће отклонити неправду учињену оштећеном, али шта ако овај уопште не тужи штетника, јер овај има већу тржишну снагу па ће га својим накнадним акцијама још више оштетити. Но, и када се поступак заврши компензацијом, отклоњена је бивша повреда нечијег права, а не и будуће. Сваки будући оштећени мора да тражи заштиту свог индивидуалног права и доказује основ тужбе.

Други јасни недостатак механизма решавања спорова у оквири-ма приватноправног хоризонта је у томе што се штета не наноси само опредељеном оштећеном, него се угрожавају и општа правила тржишног пословања. Опште економске функције тржишта се не виде на нивоу у којем се крећу индивидуални трансактори, те се стога може закључити да насртање на истоврсно право другог трансактора истовремено представља и насртање на неки други, различит правни интерес који није садржан у индивидуалном праву (својине) оштећеног партнера. Приватноправни механизам обезбеђује имовинску компензацију, али не и генералну заштиту самог права својине.

Економско право, као и право уопште, треба да превентивно спречи наступање сукоба услед нејасноћа у погледу заштите правних интереса субјектата, и да их, ослободивши их од ризика наступања неправних ситуација, стимулише на стабилно и континуирано пословање. Тако се уједно постиже и виша вредност друштвеног богатства. А то нас доводи до тога да би онда и друштвену садржину Економског права, у том кон-

тексту, могли да одредимо као скуп норми којима се унапређује ефикасност тржишта *иуштем санкционисања њонашања њојединих субјеката* која, *иако, са њиховој сџановишћиа сџадају у економски леџишћимна, у збиру исџољавања доводе до мањег нивоа друшћивеној џроизвода од оној који је моџућ уз џосџојање џравно уређених џраница њихове ауџномије.*

Право се обично схвата као средство регулисања сукоба, што значи да оно нема задатак да мења правац развоја одређене области друштвеног живота, већ само да смањи укупни друштвени трошак његовог функционисања. Уколико сви они на које се право односи знају да ће у случају непоштовања прописа бити изложени санкцији, могу да калкулишу да ли им се више исплати трошак подвргавања норми или санкција. Мада оваква логика представља општи образац понашања сваког субјекта који се суочава са некаквим правним ограничењем своје аутономије воље, извесно је да пуни смисао има баш у оним гранама права у којима постоји квалитативна идентичност природе обавезе и санкције. А управо то је случај у Економском праву. Свако прибегавање закључивању уговора којима се масовно нарушава принцип равноправности уговорних страна – што је у суштини недозвољива деформација тржишта – може да се објасни већим очекиваним профитом. А санкција, која је такође имовинска, и са којом би се компанија суочила, представља другу величину. Стога би чиста логика јавноправног приступа регулацији тржишта захтевала да запређене казне буду изузетно високе и тако дестимулишу оне који би угрозили тржишни механизам. Но, са друге стране, привредно право мора да почива на аутономији воље, слободи избора и штити конкуренцију на тржиштима. Такви циљеви се тешко могу комбиновати са драконским и крутим механизмима санкционисања, поготово што се веза између неког понашања и ниво угрожавања јавног интереса који се идентификује са постојањем перфектног тржишта, тешко могу и доказати и измерити. Стога се, упркос привидној једноставности проблема обезбеђивања услова за функционисање тржишта, проблем регулације мора решавати суптилнијим механизмом. Сам циљ, такође, мора да буде недвосмислено израз општег интереса, односно да могућа опасност буде реална и да води озбиљном угрожавању тржишних функција или њиховом трајном деформисању.<sup>48</sup> Постојање јавног интереса, недискриминаторност и сразмерност су, дакле, главни захтеви на основу којих се цени друштвена опоруност одговарајуће норме, као и функционисање

48 Без обзира евентуалне различитости, општи интерес у погледу очувања тржишних функција у свим привредним системима тржишног типа има заједничке карактеристике. Karl Oettle, „L'intérêt général dans les différents systèmes d'économie de marché“, у: Helmut Cox (ed.), *Services publics, missions publiques et régulation dans l'Union Européenne*, Paris, Pedone, 1997, стр. 165 и даље.

(јавне) управе. У случају када настане својеврсни *trade-off* између економске ефикасности и правичности, циљ регулације у јавном интересу тумачи се као „социјално ефикасна употреба оскудних ресурса“.<sup>49</sup> Јавни интерес опредељује циљ регулатора: максимизација добробити друштва као целине. То значи да регулаторну стратегију одређују у зависности од јавног интереса и чине оно што је најбоље за предузећа и потрошаче, односно балансирају супротстављене интересе.<sup>50</sup> Они би чинили оно што је најбоље за друштво у целини под непромењеним условима. Али пошто то најчешће није могуће, они ће развити такву регулаторну стратегију која ће да омогући предузећима да зараде профит на нивоу вишем него у условима савршене конкуренције, али и нижем него на монополистичком тржишту.<sup>51</sup>

За процену оправданости је довољно постојање друштвене свести о тенденцији урушавања тржишног механизма, а не и постојање кривце или индивидуалне одговорности. Уколико таква постоји, могуће је негативне последице конкретног уговора елиминисати путем накнаде штете. Али свест о опасности због тога што се све више уговора закључује под условима који не обезбеђују равноправност интереса трансактора не мора да подразумева да је идентификовано нечије противправно понашање.

Пошто се Економско право не бави накнадом штете, тј. отклањањем последица закључивања појединачног манљивог уговора, већ општом превенцијом и усклађивањем, оно не почива на доказивању индивидуалних околности, већ на анализи садржаја одговарајућих правних института и идентификацији могућих овлашћења која би могла да угрозе јавни интерес оличен у перфектном тржишту. Видели смо да су асиметрија тржишне снаге и информисаности трансактора главне субјективне препреке за закључивање перфектних уговора, па се из тога може извести закључак да ваља модификовати ону компоненту права својине која производи слободу закључивања уговора. Принцип сраз-

49 Johan Den Hartog, „General theories of regulation“, у: Boudewijn Bouckaert, Geritt De Geest (editors), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III, The regulation of contracts*, Edward Elgar, 2000, стр. 231.

50 Пелтман је настојао да модификује теорију заробљавања коју је развио Бернстеин средином педесетих година прошлог века (Marver H. Bernstein, *Regulating business by independent commission*, Princeton, 1995.) истичући да потпуно заробљавање јавне управе од стране једне интересне групе није реално, обзиром да би то могло да подстакне опозицију од стране других група и указао на чињеницу да регулаторни процес подразумева усклађивање супротстављених интереса. Sam Peltzman, „Toward a more general theory of regulation“, *Journal of Law and Economics*, Vol. 17, 1976, стр. 211–248.

51 Johnatan Macey, „Transaction costs and the Normative Elements of Public Choice Model: An Application to Constitutional Theory“, *Virginia Law Review*, Vol. 74, 1998, стр. 478.

мерности нас упућује на то да се модификација мора постићи на начин који најмање угрожава основно право и који, у перспективи, штити и интерес самог субјекта на којег се ограничење поставља.

#### IV Ограничавање владавине економске снаге и заштита слободе конкуренције

Пре настанка модерног Економског права као Права тржишта, привредноуправне функције државе су заиста могле да се схвате као ограничавање и индивидуалне слободе, и нивоа слободе тржишта у целини. На пример, национализацијом неке компаније се, неспорно, ограничава слобода тог трансактора, али се истовремено смањује и ниво конкуренције на тржишту. По инерцији се и даље понавља формулација да се функције Економског права постижу путем ограничења приватноправних овлашћења приликом закључивања уговора, али је таква, у правној литератури уобичајена формулација, у социолошком смислу дубоко нетачна. Ограничавање слободе уговарања за једне је управо омогућавање слободе уговарања за друге партнере. Далеко би било тачније када бисмо рекли да се на тржишту *усјосћавља владавина њрава, а ојраничава владавина (економске) снаје*. Владавина права на тржишту никако не искључује доминацију економски јачих субјеката, јер право мора да одрази стварност, већ само може да санкционише злоупотребу те моћи. Право не делује *contra oeconomiae*, јер је њој иманентна (егоистична) тежња сваког субјекта за развојем, растом и елиминисањем конкуренције. Када би се забранили напори да се победи конкуренција, престао би привредни развој. Довољно је само да се сетимо средњовековних градских статута и еснафских правила, па да одмах постане јасно да нормативни оквир модерног тржишта представља потпуну негацију таквих традиционалних и конзервативних правних стандарда. Али право мора да дух и суштину тржишних односа спасе тако што ће гарантовати слободу конкуренције, слободу избора делатности односно слободу привређивања, обезбеђивати слободу привредног развоја онда када су ови угрожени аутономним процесима на самом тржишту.

Но, тржишна слобода се може упоредити са врхом леденог брега, чији је већи део под водом. Тако је и са слободом воље модерног предузећа: и пре него што дође у ситуацију да тржишно располаже својим економским вредностима, предузеће се већ налази у мрежи правних односа поводом различитих аспеката пословања, норми које немају непосредно за циљ регулисање тржишне ситуације, већ регулисање односа из којих ће проистећи тржишно располагање. Зато се Економско

право мора да, бар делимично, бави и анализом норми које регулишу услове прибављања фактора који служе стварању роба и услуга, односно и другим тржишним просторима (тржиштима фактора), у складу са концептом интегралног тржишта.

Економско право мора да реагује на економску садржину уговора, односно да оне објективне ситуације у којима се не може утврдити експлицитна противправност упркос постојању опасности да ће такви односи угрозити тржишне институције. Пошто се на тржишту појављују не само купци и продавци са својим стандардним овлашћењима, него и робе и услуге, а са друге стране имамо и процес закључивања уговора којима се остварује привредна динамика, то ће се Економско право непосредно бавити тржишним субјектима и њиховим односима у оној мери у којој се разликује њихова правна форма и економска садржина. Реформулисање својинскоправних овлашћења тржишних трансактора нема за циљ да их улепша и учини правно елегантнијим, него да идентификује иманентне деформације, одговарајућим поступком усклађивања интереса определи као непожељне и најзад, санкционише механизмом који у најмањој мери утиче на остале тржишне слободе трансактора. Будући да је задатак Економског права баш да измени ону ситуацију коју бисмо имали када би се економска садржина односа логиком либералне економије апсолутно верно преносила у правне институције размене, могли бисмо да га упоредимо са филтром који у том претварању економије у право има задатак да спасе економију од саморазарања. *Економско право тржишне слободе никада не укида, неће свима који су довезани преко тржишних слобода да хетерономна ограничења могу да подржавају те слободе само ако се креирају у аутономне, самоограничавајуће норме.*

Правне норме треба да у савременој тржишној привреди обезбеде такво повезивање основних материјалних елемената привређивања, тј. рада, капитала, природних ресурса и предузетништва, које ће друштвеним групама које их контролишу и износе на тржиште фактора обезбедити формално равноправан третман. Равноправност тог третмана проистиче из уставних основа правног система, а пре свега из комплекса људских права. Економски пандан овим принципима је слобода предузетништва, односно слобода конкуренције. *Зато је слобода тржишне конкуренције не само економски услов за ефикасно деловање тржишних структура модерној предузећа у којем се сви фактори подвргавају јединственој циљној функцији.*

Да би се разумела суштина слободе конкуренције и корпус правила о њеној заштити, потребно је указати на однос тржишта и конкуренције, без намере да се у овом раду бавимо самим одређењем

конкуренције. Конкуренција је „битни атрибут тржишта“;<sup>52</sup> а тржиште основни услов конкуренције. Конкуренција је првенствено економска категорија, она представља процес и механизам међусобне утакмице тржишних субјеката у циљу остваривања повољнијих услова пословања, продаје роба, реализације добити, проширења тржишта и др. Класична економска теорија правила је разлику између конкуренције и монопола као међусобно искључујућих категорија, тако да су се у економској науци првобитно оформиле две одвојене теорије: теорија о конкуренцији и теорија о монополу, да би афирмацијом Чемберлинове теорије монополистичке конкуренције дошло до усаглашавања ове антиномије између перфектне конкуренције и чистог монопола – монополистичка конкуренција представља услов деловања тржишта.<sup>53</sup>

Међутим, предмет модерних антимонополских прописа нису само монополи већ својеврсне монополистичке тенденције. Право сада не регулише економски феномен, монополе, колико специфичне услове који могу да доведу до таквих манифестација. Другим речима, данас је нагласак на дефинисању забрањених понашања привредних друштава и повредама конкуренције, без обзира да ли су монополисти или не, а не на регулисању формалних обележја заснованих на величини или учешћу на тржишту. Стога модерни прописи о заштити конкуренције под ‘повредом конкуренције’ подводе „акте или радње учесника на тржишту, који за циљ или последицу имају или могу да имају значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције“.<sup>54</sup>

Утврђивање постојања елемената монопола, а још више њиховог (негативног) утицаја на друштвену репродукцију подразумева далеко виши ниво макроекономског обзира од оног који се може срести код носилаца правосудне функције који поступају у приватноправној, парничној, ствари.<sup>55</sup> То стога што је заштитни објект код норми којима се забрањује успостављање монополске структуре, за разлику од обичне парнице, апстрактан: то је слобода тржишног понашања и избора. У процесу логичке конкретизације таквог заштитног објекта, односно циља правила о заштити конкуренције, претежу елементи целисходности над елементима формалне законитости, јер није спорно да поједини елементи друштвене целисходности тешко могу да буду једнозначно (са

52 Бојан Забел, *Нелојална конкуренција*, Правни факултет Нови Сад, 1976, стр. 6.

53 Edward Chamberlin, *Theory of Monopolistic Competition*, Harvard University Press, 1948.

54 Члан 9. Закона о заштити конкуренције Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009).

55 Marie-Anne Frison-Roche, „Les difficultés inhérentes à l'intervention du juge administratif en matière de concurrence: un sujet de dispute“, *Revue de la concurrence et de la consommation*, No. 88, 1995, стр. 13.

истим, сталним, квалитативним и квантитативним одређењем) подведени под правну норму.

Правила којима се штити конкуренција на тржишту имају субјективну и објективну димензију.<sup>56</sup> Субјективна димензија обухвата правила која за циљ имају заштиту конкурената у приступу тржишту, обављању привредне делатности, односно тим правилима се штити појединчева слобода пословања. У том смислу се своди на 'право конкурената' којима се регулише ривалство привредних субјеката, односно Право нелојалне конкуренције. Објективна димензија у фокусу има циљеве макро-економске природе, односно конкурентност самог тржишта, те се може рећи да правила о заштити конкуренције представљају инструмент за постизање ширих друштвених циљева економске и социјалне природе (конкуренција као средство),<sup>57</sup> а у најширем смислу и јавног интереса који се испољава као 'јавни економски поредак'.<sup>58</sup> Правилима против ограничавања тржишне утакмице, Правом заштите конкуренције, чији је амерички пандан Антитрустовско право, штити се слободно одвијање тржишне утакмице, дакле шири, јавни интерес јер су поред конкурената укључена и привредна друштва неконкуренти и потрошачи.

Међутим јавни интерес се штити не само заштитним мерама усмереним на ограничавање тржишне моћи предузећа успостављањем забрана, као што то чини Право заштите конкуренције јер оно настоји да исправи само један тржишни недостатак – несавршену конкуренцију.<sup>59</sup> Јавни интерес се штити примера ради и правилима уласка на тржиште и онима која се односе на услове обављања делатности. Овде се не мисли на монополистичке тенденције, већ првенствено отклањање разних баријера за улазак на тржиште, нарочито у погледу привилегија које се дају јавним предузећима, те се у том контексту може говорити и о 'регулисаној конкуренцији'.<sup>60</sup>

За разлику од првобитног, ужег, схватања, модерно право заштите конкуренције, у фокусу има успостављање и очување објективних услова тржишта, па се у том смислу заштита конкуренције јавља као заштита тржишта.<sup>61</sup> Отуда логично следи да Право заштите конкуренције

56 Roger Le Moal, *Droit de concurrence*, Paris, Economica, 1979, 132–161.

57 Pierre Bonassieux, „Les fondements d droit communautaire de la concurrence: la théorie de la concurrence-moyen“, у: *Mélange Alex Weil*, Paris, Dalloz, 1983, стр. 51.

58 Bernard Remiche, „Droit économique, marché et l'intérêt général“, у: M.A. Frison-Roche (ed), *Mélanges Farjat*, стр. 254.

59 Stephen Breyer, *Regulation and Its Reform*, 1982, стр. 156–157.

60 Michel Bazex, „La concurrence réglée: secteur public et privé“, у: J. M. Rainaud, R. Christini (eds), *Droit Public de la Concurrence*, Economica, Paris, 1987, стр. 231.

61 Marie-Anne Frison-Roche, „Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme“, *Revue de jurisprudence du droit des affaires*, 1994, стр. 483.

представља посебну област у оквиру макро-корпуса Права тржишта/<sup>62</sup> Економског права.<sup>63</sup> Афирмацији његове макро оријентације нарочито је допринело ‘европско’ схватање антимонополског законодавства засновано на комплексном схватању заштитног објекта, односно његовој слојевитости: *тржишна слобода је претходна ставка ефикасности, ефикасност је претходна ставка развоја, развој је основ зајошљавања, социјалне политике, ефикасне државе.*<sup>64</sup>

## V Уместо закључка: друштвена улога Економског права и слобода конкуренције као елемент општег интереса

Појам општег интереса је традиционално био основ за оправдање ограничења привредних слобода, па тако и основ за правила којима се ограничавала слобода конкуренције и ублажавала ‘алеаторност тржишта’. Због тога су се општи интерес и конкуренција сматрале антиподима. Управо због тога што се општи (јавни) интерес уопште не може јасно дефинисати,<sup>65</sup> он се увек сматрао основном државног волонтаризма и претњом нарушавању привредних слобода појединаца. Међутим, упркос таквом методолошком и концептуалном ривалитету и ‘победи конкуренције над државном регулацијом’, у модерним привредама држава од наредбодавца постаје регулатор, а општи интерес се огледа и у заштити слобода конкуренције. Како истиче *Delion*, „*ошти интерес је циљ регулације, не само одвијање конкуренције... конкуренција је један начин осиваривања оштите интереса*“.<sup>66</sup> Заштита конкуренције не значи одсуство државе на тржишту, већ напротив подразумева *нову улоју права у заштити јавној економској поретка који се заснива на слободној, али регулисаној, конкуренцији*. Ова трансформација либералистичког обрасца конкуренције сада подразумева да је у модерном регулаторном

62 Claude Lucas de Leysac, Gilbert Parléani, *Droit du marché*, Paris, 2002.

63 Право заштите конкуренције представља „чврсто језгро“ школе Економског права познате као „*школа из Нице*“. Gérard Farjat, „La notion de droit économique“, *Archives de philosophie du droit – Droit et économie*, T. 37, 1992, стр. 36.

64 Европска стратегија о заштити конкуренције, самим тим и антимонополска регулатива, имају за циљ: повећање ефикасности (у смислу максимизације потрошачког благостања и оптималне алокације ресурса), заштиту потрошача и малих тржишних учесника и стварање заједничког тржишта, (у оквиру коментара члана 85 Оснивачког уговора); Paul Craig, Grainne de Burca, *EU Law, Texts, Cases and Materials*, Oxford University Press, 1995, стр. 886–887.

65 Georges Vedel, „Préface“, у: François Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, Paris, 1986, стр. 3.

66 André Delion, „Notion de régulation et Droit de l'économie“, *Annales de la Régulation*, Vol. I, 2006, Paris, стр. 17.



капитализму „интервенисање државе нужно ујаво ради одржавања тржишне економије“.<sup>67</sup>

Друштвена суштина Економског права је у томе да оно има задатак да штити тржишне институције и аутономију трансактора тако што ће у процесу тржишне регулације усагласити конфликтне интересе који проистичу из на закону заснованих права, специфичним колективним самоограничавањем. Опасност од повреде јавног интереса је не толико у појединој трансакцији (у њој је повређен првенствено приватни интерес), колико у тенденцији да несавршени уговори постану стандардни, односно да својом масовношћу доведу до промене основних квалитета тржишта – трајне модификације његових функција. Из те модификације би, раније или касније, проистекле и промене основних тржишних институција. Отуда потреба да тржишна регулација буде наметнуто ограничење, као ‘прекурсор’ слободе конкуренције.<sup>68</sup> У том смислу, коректна дефиниција друштвене природе Економског права би требао да узаже да је реч о *ограничењима слободе ујоварања и дружих својинских овлашћења трансактора у привредним односима који се усјосјављају преко модерној тржишња ујаво у циљу очувања инјерјијетја тржишња*. Иако је усмерено неопосредно на претпоставке за закључивање уговора, дато ограничење индиректно добија оправдање кроз ефекте које конкретни облик испољавања датог својинског овлашћења има на целину привредних односа. То значи да би се оправдање за извесно ограничење могло наћи и у ситуацији када још нико од конкретних трансактора нема непосредну штету нити пледира да су уговори манљиви, нити пак да постоји негативни екстерни ефекат стварно закључених уговора. Дакле, довољно је постојање апстрактне опасности нарушавања слободе конкуренције.

67 Jacques Chevalier, „État et ordre concurrentiel, Rapport introductif“, у: *Ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, 2003, стр. 62.

68 Bernard Stirn, „Droit public et droit de la concurrence“, у: *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle (Mélanges Champaud)*, Dalloz, Paris, 1997, стр. 556.

**Svetislav TABOROŠI, PhD**

**Professor at the Faculty of Law of the University of Belgrade**

**Tatjana JOVANIĆ, LL.M., PhD**

**Assistant Professor at the Faculty of Law of the University of Belgrade**

## **ECONOMIC LAW AS THE LAW OF THE MARKET AND THE FREEDOM OF COMPETITION**

### **Summary**

*In a modern market economy, the problem of ensuring macroeconomic efficiency is usually deduced to the issue how to restrain the expansion of those pretending to represent the public interest and jeopardize the substance of private and individual with multitude of legislative acts. In the real economy, insistence upon the autonomy of will, market freedom and the freedom of entrepreneurship is not only an attempt to defend those classical entitlements of transactors from the political self-will, but also a way to protect market institutions. That is also the guarantee of efficiency and effectiveness of the economy. In accordance with this, it is no longer viable to consider the Economic Law (as the Law of the Market) as a foreign element in economic legislation, in the sense that it only refers to limitations of the basic principle. It is rather a domain of a continuous balancing of variable elements around the trend line – preservation of the institutions of the market, which guarantee the accomplishment of market functions. Competition is an important attribute, a model of the market, and the market is the main precondition for the competition. Hence the freedom of competition is conceived as a general interest of a modern democratic society. The protection of competition does not imply the absence of the State on the market, but quite the reverse, its active role in protecting the public economic order based on the freedom of competition.*

**Key words:** *Economic Law, regulation, regulatory law, competition.*