

Др Маја Станивуковић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

## ПРИМЕНА ДОМАЋИХ ПРАВИЛА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ НА ПРАВНЕ ОДНОСЕ СА МЕЂУНАРОДНИМ ЕЛЕМЕНТОМ ПО УЗОРУ НА ПРАВО ЕВРОПСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ\*

*Норме новог Закона о заштити конкуренције моделоване су по праву Заједнице. Поље примене материјалноправних одредаба закона одређено је критеријумом стварног или могућег утицаја на тржиште Републике Србије. Под претпоставком да се утврди да таквог утицаја нема или га нема у значајној мери, антиконкуренијски споразуми и пракса били би изван поља примене закона. Тумачењем овог критеријума у светлу праксе Суда европских заједница о интерпретацији чл. 81 и 82 Уговора о оснивању Европске заједнице, стиче се јаснији увид у могућност екстериторијалне примене закона на предузећа у иностранству и радње извршене у иностранству.*

Кључне речи: *Заштита конкуренције.– Екстериторијална примена права.– Закон о заштити конкуренције Републике Србије.*

### 1. УВОД

Норме о заштити конкуренције уређују државну интервенцију у области слободе уговарања и деловања субјеката на тржишту.<sup>1</sup> Повреда забрана које су предвиђене тим нормама може довести до одговорности учесника на тржишту према држави која се санкционише плаћањем новчане казне (према терминологији Закона: мерама зашти-

\* Рад је настао у оквиру пројекта „Право Србије у европској перспективи“, бр. 149042 који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

<sup>1</sup> Вид. у нашој старијој литератури А. Голдштајн, „Правни режим конкуренције, монопола и олигопола“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 1/1961, 15–32.

те конкуренције и процесним пеналима).<sup>2</sup> Истовремено, таква повреда се третира и као грађанскоправни деликт који може довести до накнаде штете оштећеним учесницима на тржишту.<sup>3</sup> Мада би по многим одликама припадале трговинском праву, у доктрини се ове норме заједно са нормама о заштити потрошача понекад сврставају по секторској класификацији, у потпуно нову грану права – право тржишта (*droit de marche*). Границе права заштите конкуренције биле би у том смислу одређене циљем доброг функционисања тржишта.<sup>4</sup>

Специфична природа законодавства о заштити конкуренције огледа се и у начину на који се уређује његова примена на ситуације са прекограничним елементом. У законе којима регулише материју грађанског и трговинског права, законодавац обично не уноси одредбе којима би ограничавао њихово поље примене. Полази се од претпоставке да постоје двостране колизионе норме које одређују када ће се применити домаћи, а када страни закон и да, стога, није неопходно у сваком закону одређивати на које се случајеве примењује. Норме закона у грађанскоправној и трговинској материји конципиране су универзалистички, као да се примењују на све ситуације које су икад настале или могу настати и које се могу појавити пред домаћим органима. Тек ће колизиона норма из другог закона сузити њихов универзални домашај и свести га на одговарајућу меру, односно на ситуације које су довољно повезане са домаћом државом. Када се постави питање који се пропис примењује на одређену чињеничну ситуацију са прекограничним елементом, суд ће извршити квалификацију помоћу које ће подвести чињенично стање под одговарајућу двострану колизиону норму и одредити да ли се примењује домаће право или право стране државе.

Насупрот томе, у законе који посебно уређују важне општедруштвене интересе у области приватноправних односа законодавац често уноси унилатералне одредбе о пољу примене. Тим одредбама одређују се критеријуми за примену норми садржаних у закону, укључујућу и критеријуме за примену у односу на ситуације са прекограничним елементом. Слично двостраним колизионим нормама које меродавно право бирају уз помоћ одређене тачке везивања и норме о одређивању поља примене закона заснивају се на територијалним и персоналним везама. Међутим, за разлику од двостраних колизионих норми, ове норме не могу да доведу до примене страног права пред домаћим органима. Оне само одређују на које се ситуације примењује домаћи пропис. Уколико се важење домаћег закона проширује и на одређене чињеничне ситуације које су везане за територију дру-

<sup>2</sup> Закон о заштити конкуренције – ЗЗК, *Службени гласник РС*, бр. 51/09, чл. 68 и чл. 70.

<sup>3</sup> ЗЗК, чл. 73.

<sup>4</sup> C. L. de Leysacc, G. Parleani, *Droit de marché*, Paris 2002, 85.

ге државе говоримо о екстериторијалној примени домаћег закона. Критеријуми за екстериторијалну примену домаћег закона могу бити различити: веза са субјектима правног односа који су деловали у иностранству, извршење радње на домаћој територији (када она производи последице на страниј територији), наступање последице на домаћој територији (када је радња извршена на страниј територији) итд.

У описану категорију можемо сврстати и Закон о конкуренцији Републике Србије јер одредбе овог закона одређују његово поље примене и на ситуације са прекограничним елементом. Под насловом „Територијална примена“, у чл. 2 предвиђено је: „Одредбе овог закона примењују се на акте и радње учињене на територији Републике Србије, односно на акте и радње учињене ван њене територије који утичу или би могли утицати на конкуренцију на територији Републике Србије.“ Даље, под насловом „Персонална примена“, у чл. 3 предвиђено је између осталог да се тај закон примењује на сва физичка и правна лица која су учесници на тржишту независно од њихове државне припадности.

Предмет овог рада је разматрање примене Закона о заштити конкуренције Републике Србије на ситуације са прекограничним елементом у светлу правила о пољу примене права Европске заједнице, које су и послужиле као модел за њихово доношење. Посебно ћемо размотрити питања: какав утицај на конкуренцију на територији Републике Србије је потребан да би се Закон применио на радње учињене ван територије Србије од стране субјеката стране државне припадности и да ли се Закон примењује на радње учињене на територији Србије од стране субјеката домаће државне припадности ако оне утичу или би могле утицати само на конкуренцију на тржишту неке друге државе.

## 2. КРИТЕРИЈУМИ ЗА ПРИМЕНУ ОДРЕДАБА ЗАКОНА О ПОВРЕДАМА КОНКУРЕНЦИЈЕ

Народна скупштина Србије је у јулу 2009. године донела нови Закон о заштити конкуренције (у даљем тексту ЗЗК).<sup>5</sup> На основу чл. 81 Закон ступа на снагу осмог дана по објављивању, а почиње да се примењује од 1. новембра исте године. Српски закон следи модел заштите конкуренције постављен у уредбама ЕЗ које спроводе основна начела заштите конкуренције прокламована у Уговору о оснивању ЕЗ (у даљем тексту УЕЗ).

Треба напоменути да се норме о заштити конкуренције могу наћи и у међународним уговорима Србије, пре свега у чл. 38 Прелаз-

<sup>5</sup> Вид. фн. 2.

ног споразума<sup>6</sup> и чл. 73 Споразума о придруживању<sup>7</sup> који су закључени са Европским заједницама и у чл. 20 Споразума о слободној трговини у централној Европи – ЦЕФТА,<sup>8</sup> а затим и у чл. 18 и 19. Уговора о оснивању Енергетске заједнице.<sup>9</sup> Прва два споразума додуше нису ступила на снагу, али су у Србији донети поједини подзаконски акти о привременој једностраној примени Прелазног споразума.

Садржина Закона подељена је на седам поглавља: Основне одредбе, Повреде конкуренције, Концентрација учесника на тржишту, Комисија за заштиту конкуренције, Поступак пред Комисијом, Судска контрола и Прелазне и завршне одредбе. Материјалноправне одредбе у којима су садржане забране одређених поступака и понашања учесника на тржишту налазе се у другом и трећем поглављу (чл. 9–19), док су одредбе четвртог и петог поглавља процесноправне и организационе природе.<sup>10</sup> Комисија одлучује о повредама конкуренције у управном поступку, а њене одлуке могу бити предмет испитивању у управном спору који се покреће тужбом пред Управним судом, односно пред Вишим трговинским судом до почетка рада Управног суда.<sup>11</sup> Накнада штете проузроковане поступцима који представљају повреду конкуренције остварује се у парничном поступку.

Комисија је аутоматски надлежна за поступање и поступа по правилима предвиђеним у чл. 33–70 уколико се на дату чињеничну ситуацију примењују материјалноправне одредбе закона. Из тога следи да су чл. 2 и 3 који уређују територијално и персонално поље примене Закона пре свега усмерени на одређивање поља примене његових материјалноправних одредаба (чл. 9–19).

Појам повреде конкуренције одређен је чланом 9. Повредом се могу сматрати акти и радње који испуњавају одређене услове. Под

<sup>6</sup> Закон о потврђивању прелазног споразума о трговини и трговинским питањима између Европске заједнице, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/08.

<sup>7</sup> Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/08.

<sup>8</sup> Закон о потврђивању споразума о измени и приступању Споразуму о слободној трговини у Централној Европи – ЦЕФТА 2006, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 88/07.

<sup>9</sup> Закон о ратификацији уговора о оснивању Енергетске заједнице између Европске заједнице и Републике Албаније, Републике Бугарске, Босне и Херцеговине, Републике Хрватске, Бивше југословенске републике Македоније, Републике Црне Горе, Румуније, Републике Србије и Привремене мисије Уједињених нација на Косову у складу са Резолуцијом 1244 Савета безбедности Уједињених нација, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 62/06.

<sup>10</sup> ЗЗК, чл. 20–70.

<sup>11</sup> ЗЗК, чл. 71, ст. 1; чл. 72, ст. 2 и чл. 77, ст. 1.

актима треба подразумевати правне акте као што су уговори које закључују предузећа. Закон даље дефинише две врсте повреда: рестриктивне споразуме<sup>12</sup> и злоупотребу доминантног положаја.<sup>13</sup> У појам рестриктивних споразума унета је и територијална одредница – реч је о споразумима између учесника на тржишту који имају за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције на територији Републике Србије. За разлику од тога, појам злоупотребе доминантног положаја на релевантном тржишту, као ни појам релевантног тржишта дефинисан у чл. 6. нису просторно везани за територију Републике Србије. Међутим, одредбе чл. 2 и у овом случају сужавају домашај забране само на оне злоупотребе које „утичу или би могле утицати на конкуренцију на територији Републике Србије“.

Појам недозвољене концентрације, противне правилима о конкуренцији описан је у чл. 19 Закона о заштити конкуренције. Недозвољена концентрација постоји ако би значајно ограничила, нарушила или спречила конкуренцију на тржишту Републике Србије или његовом делу. Концентрација настаје спајањем привредних друштава, стицањем контроле једног привредног друштва над другим и заједничким улагањем у циљу стварања новог учесника на тржишту или стицања заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту, који послује на дугорочној основи и има све функције независног учесника на тржишту.<sup>14</sup>

Посебне одредбе о поступку испитивања концентрација садржане су у чл. 61–67. Учесници у концентрацији дужни су да поднесу Комисији за заштиту конкуренције пријаву ако су испуњене претпоставке о укупном годишњем приходу који учесници концентрације остварују на светском тржишту и/или на тржишту Републике Србије.<sup>15</sup> Поред тога, свака концентрација која се спроводи понудом за преузимање акционарског друштва мора бити пријављена без

<sup>12</sup> ЗЗК, чл.10.

<sup>13</sup> ЗЗК, чл.16.

<sup>14</sup> ЗЗК, чл. 17. Одређени видови концентрације изузети су из тог појма чл. 18.

<sup>15</sup> ЗЗК, чл. 61 (Обавеза пријаве концентрације): Концентрација мора бити пријављена Комисији у случају да је: 1) укупан годишњи приход свих учесника у концентрацији остварен на светском тржишту у претходној обрачунској години већи од 100 милиона евра, с тим што најмање један учесник у концентрацији на тржишту Републике Србије има приход већи од десет милиона евра; 2) укупан годишњи приход најмање два учесника у концентрацији остварен на тржишту Републике Србије већи од 20 милиона евра у претходној обрачунској години, с тим што најмање два учесника у концентрацији на тржишту Републике Србије имају приход већи од по милион евра у истом периоду. При рачунању годишњег укупног прихода из става 1. овог члана неће се рачунати приход који ти учесници на тржишту остваре у међусобној размени.

обзира на укупан годишњи приход преузимаоца и друштва које се преузима.<sup>16</sup> Изостанак пријаве може довести до тога да се већ спроведена концентрација поништи, јер је Комисија овлашћена да изрекне мере деконцентрације, односно да нареди учесницима да изврше поделу привредног друштва, отуђе акције или уделе, раскину уговор или изврше друге радње у циљу успостављања стања пре спровођења концентрације.<sup>17</sup> Комисија може испитивати концентрацију и по службеној дужности ако утврди да заједнички тржишни удео учесника у концентрацији на тржишту Републике Србије износи најмање 40%, односно ако основано претпостави да та концентрација не испуњава услове дозвољености из чл. 19 овог закона.<sup>18</sup> Учесници у концентрацији дужни су да прекину са њеним спровођењем док Комисија не реши да ли је концентрација дозвољена.<sup>19</sup> Комисија може одобрити концентрацију која је дозвољена, односно забранити недозвољену концентрацију.<sup>20</sup> У случају да не делује у прописаним роковима, сматра се да је концентрација одобрена.<sup>21</sup> Одобрење се може дати без додатних услова, или под одређеним условима, чије испуњење контролише Комисија.<sup>22</sup> Ако услови касније не буду испуњени, она може изрећи мере деконцентрације.<sup>23</sup>

Основни критеријум за примену законских одредаба о повреди конкуренције је стварни или могући утицај аката и радњи на конкуренцију на тржишту Републике Србије. С друге стране, државна припадност субјеката који закључују акт или који предузимају радњу противну конкуренцији није релевантна. Чињеница да је реч о домаћем правном или физичком лицу не може сама по себи довести до примене законских одредаба на тог субјекта. Једино остаје сумња у погледу важности места радње или акта. Да ли је чињеница да је акт закључен или радња предузета на територији Републике Србије довољна за примену одредаба или је и у том случају неопходно да такав акт или радња остварују утицај или могу имати утицај на конкуренцију на тржишту Републике Србије? Одредба није јасно формулисана и оставља могућност за оба тумачења. Дефинитиван одговор на ово питање можемо дати тек након осврта на право Европске заједнице.

Законом дефинисани критеријум отвара могућност за екстериторијалну примену Закона о заштити конкуренције на субјекте у ино-

<sup>16</sup> ЗЗК, чл. 61, ст. 3.

<sup>17</sup> ЗЗК, чл. 67, ст. 1.

<sup>18</sup> ЗЗК, чл. 62, ст. 1.

<sup>19</sup> ЗЗК, чл. 64, ст. 1.

<sup>20</sup> ЗЗК, чл. 65, ст. 3.

<sup>21</sup> ЗЗК, чл. 65, ст. 2.

<sup>22</sup> ЗЗК, чл. 66.

<sup>23</sup> ЗЗК, чл. 67, ст. 1.

странству и радње извршене у иностранству. Питање је, међутим, да ли постоје инструменти за њено остваривање. У недостатку међународних уговора о правној помоћи и сарадњи у области спровођења законодавства о заштити конкуренције, учесници у забрањеним споразумима и починиоци недозвољених радњи често ће остати изван домашаја Комисије за заштиту конкуренције, а тиме и домаћег закона.

### 3. ПОЉЕ ПРИМЕНЕ ПРАВИЛА ЕЗ О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Према чл. 3, ст. 1 е УЕЗ, у надлежност Заједнице улази успостављање система који обезбеђује да се не нарушавају правила конкуренције на унутрашњем тржишту (*system ensuring that competition in the internal market is not distorted*).<sup>24</sup> Политика Заједнице се према чл. 4, ст. 1. води у складу са начелима отворене тржишне привреде и слободне конкуренције (*in accordance with the principle of an open market economy with free competition*). Основна правила о заштити конкуренције садржана су у чл. 81–89 УЕЗ (наслов VI, одсек 1). Посебно су важни чл. 81 и 82 који садрже правила о забрани картела и о забрани злоупотребе доминантног положаја.<sup>25</sup>

Правила ЕЗ о заштити конкуренције су императивног и прохИБИТИВНОГ карактера. Њима се забрањују одређене врсте уговора или уговорних клаузула и одређене врсте понашања предузећа, као учесника на тржишту Заједнице. Како на том тржишту учествују и уговоре склапају предузећа из целог света, која своје антиконкурентијско деловање могу остварити на територији својих матичних држава, било је нужно одредити случајеве када се правила о заштити конкуренције могу применити на страна предузећа и на радње обављене у иностранству. Надлежност Европске комисије за вођење поступка за

<sup>24</sup> Вид. Р. Д. Вукадиновић, *Право Европске уније*, Крагујевац 2006, 441–524; Р. Д. Вукадиновић, *Међународно пословно право, Општи део*, Крагујевац 2005, 353–385; К. Лазаревић, „Право конкуренције у Европској економској заједници и југословенском законодавству“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/1992, 428–442; В. Бесаровић, „Примена комунитарног права конкуренције на права интелектуалне својине“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009, 77– 97.

<sup>25</sup> Чл. 83 предвиђа надлежност Савета да уз консултовање Европског парламента доноси законодавство у циљу спровођења правила из чл. 81 и 82. Чл. 84 и 85 говоре о надлежностима држава чланица за спровођење ових чланова и о надлежности Комисије. Чл. 86 се односи на посебан режим примене правила о конкуренцији на јавна предузећа и предузећа којима државе чланице дају посебна или искључива права, те на предузећа којима је поверено вршење услуга од општег економског интереса или која имају карактер финансијског монопола. Коначно чл. 87–89 посвећени су материји државне помоћи као виду ограничавања конкуренције који није обухваћен одредбама српског Закона о заштити конкуренције.

заштиту конкуренције постоји увек када постоје услови за примену права ЕЗ о заштити конкуренције на предмете са иностраним елементом. Њена међународна надлежност се изводи из меродавности правила која је задужена да штити.

### 3.1. Поље примене одредаба о забрани картела

Чл. 81 и 82 УЕЗ који садрже основна правила о забрани картела и о забрани злоупотребе доминантног положаја немају прецизно одређено поље примене, али садрже довољно елемената на основу којих Комисија може да процени да ли у конкретном случају има основа за примену правила ЕЗ и за покретање поступка за заштиту конкуренције иако су поједини битни елементи односа били везани за земље ван Заједнице. Чл. 81 се примењује на хоризонталне и вертикалне споразуме и усаглашену праксу предузећа „који би могли утицати на трговини између држава чланица и који имају за циљ или последицу спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције унутар заједничког тржишта“. Према чл. 82. „[н]ије у складу са заједничким тржиштем и забрањена је свака злоупотреба у коришћењу доминантног положаја на заједничком тржишту, или на његовом битном делу, од стране једног или више предузећа, уколико би то могло штетно утицати на трговину између држава чланица.“ Основни критеријум којим се одређује њихово поље примене је, сходно томе, утицај на трговину између држава чланица (енг. *which may affect trade between Member States*; фр. *qui sont susceptibles d'affecter*).<sup>26</sup> Према речима Суда ЕЗ, треба испитати „да ли је ... споразум у стању да представља, непосредну или посредну, стварну или потенцијалну претњу слободи трговине између држава чланица на начин да би могао да угрози реализацију циљева једног јединственог тржишта између држава.“<sup>27</sup> Када су у питању споразуми и усаглашена пракса предузећа додаје се и помоћни критеријум – да имају за циљ или последицу спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције унутар заједничког тржишта (енг. *which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market*; фр. *qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun*).

У једном од првих случајева у којем је преиспитано поље примене европских прописа о заштити конкуренције, у предмету

<sup>26</sup> О појму утицаја на трговину између држава чланица у нашој литератури вид. П. Ђундић, у: Р. Етински, *et al.*, *Основи права Европске уније*, Нови Сад 2009, поглавље 5.2.3.

<sup>27</sup> Вид. Пресуду Суда од 13. јула 1966. у спојеним предметима 56 и 58–64 Констен и Грундиг против Комисије, пасус 28. Превод на српски: *Paragraf.lex*.



*Dyestuffs*,<sup>28</sup> Комисија је истраживала картел девет произвођача анилинских боја од којих су четири припадали државама нечланицама. Један од учесника у картелу било је и предузеће *ICI* основано по праву Уједињеног Краљевства са седиштем у тој земљи. Уједињено Краљевство тада (1969. године) још није било држава чланица Европске економске заједнице, те је у односу на Заједницу представљало страну земљу, а *ICI* страном предузеће.<sup>29</sup> Оно је оптужено да је, дајући одређене инструкције свом белгијском друштву-кхери, учествовало у усаглашеној пракси супротној чл. 81 ст. 1 УЕЗ. Утврдивши да је предузеће заиста починило ове радње, Комисија га је казнила новчаном казном од тадашњих 50.000 обрачунских јединица. У образложењу је навела да нема потребе да се испитује да ли предузеће које је поступало супротно чл. 81 ст. 1 УЕЗ има седиште у Заједници, јер је довољно да су ограничења конкуренције у која је предузеће умешано произвела на заједничком тржишту последице које су предвиђене у чл. 81 ст. 1 Уговора.

Комисија је у овом предмету одредила домањај права Заједнице и сопствену надлежност применом доктрине ефеката (енг. *the effects doctrine*). Према овој доктрини, основ за проширење примене домаћег права налази се у последицама (ефектима) које радње неког лица извршене у иностранству производе на домаћој територији. Доктрину је развила судска пракса у САД у примени Шермановог закона, а први пут ју је применила у предмету *ALCOA* из 1945. године.<sup>30</sup> У почетку је до примене америчког права и до надлежности америчког правосуђа долазило само под условом да су ефекти у САД били намерно изазвани. Међутим, у каснијим предметима *Hartford Fire*<sup>31</sup> и *Nippon Paper Industries*<sup>32</sup> овај услов је напуштен, тако да се данас антимонополско законодавство САД примењује у сваком случају када правни посао (без обзира на то где је закључен и ко га је закључио) може да изазове последицу (ефекат) на америчком тржишту. Додуше, уз овако широк критеријум надлежности додаје се услов да ефекат на америчком тржишту мора бити предвидив, непосредан и значајан. Доктрина је такође донекле ублажена применом начела „међународне учтивости“ (енг. *international comity*) које упућује амерички суд да приликом разматрања да ли да прихвати надлежност води рачуна и о интересима других држава. Најважнији предмети у којима су

<sup>28</sup> У преводу: *Предмет Индустијских боја*.

<sup>29</sup> Преостала три „страна“ предузећа била су из Швајцарске: *Ciba*, *Geig* и *Sandoz*.

<sup>30</sup> *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

<sup>31</sup> *Hartford Fire Insurance*, 509 US 764, 113 S.Ct. 2891 (1993).

<sup>32</sup> *United States v. Nippon Paper Industries Co.*, 109 F.3d (1st Cir. 1997).

амерички судови дефинисали примену начела међународне учтивости су *Timberlane*<sup>33</sup> и *Mannington Mills*.<sup>34</sup> Треба посебно напоменути да у САД антимонополско законодавство има кривичноправни карактер, те да и физичка и правна лица, а не само државни органи, могу да приватном тужбом гоне починиоце због повреде антимонополског законодавства и да од њих траже троструку накнаду штете (енг. *treble damages*). Право САД о заштити конкуренције, као најстарије и најразвијеније, има велики утицај на развој права у другим земљама, па и у Европској заједници.

Одлуке Европске комисије донете у поступку заштите конкуренције подлежу контроли законитости пред Судом европских заједница у поступку по тужби за поништај на основу чл. 230 УЕЗ коју може да поднесе предузеће против кога је одлука донета, без обзира на држављанство. Функционална надлежност припадала је у почетку Суду европских заједница, а касније је пренета на Првостепени суд.<sup>35</sup> У предмету *Dyestuffs*,<sup>36</sup> трговачко друштво *ICI* је поднело такву тужбу Суду европских заједница, тврдећи, између осталог да Комисија није била надлежна да примењује правила о заштити конкуренције на предузеће које има седиште изван Европске економске заједнице (у Уједињеном Краљевству) и да је тиме повредила међународно право. Комисија је своју одлуку бранила по два основа – позивала се на доктрину ефеката (последица), али такође и на доктрину по којој друштво-кћи основано у Белгији, иако има посебну правну личност, стварно представља само продужену руку друштва *ICI* те их треба третирати као једно предузеће за потребе примене права ЕЕЗ о заштити конкуренције. Стога се радње друштва-кћери обављене на територији Заједнице могу приписати друштву-мајци. Општи правобранилац је у свом мишљењу дао за право Комисији и заложиио се за то да Суд прихвати теорију ефеката као критеријум за одређивање надлежности Комисије. Услови за прихватање екстериторијалне надлежности били би, према Правобраниоцу следећи: споразум односно усаглашена пракса непосредно доводе до ограничавања конкуренције, таква последица понашања предузећа је у разумној мери предвидива и на територији Заједнице је таква последица значајна, односно битна (*substantial*). Надлежност Комисије се може посматрати као законодавна и извршна. Примена прописа о конкуренцији и разрезивање казне на основу тих прописа спада у вршење законодавне надлежно-

<sup>33</sup> *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976).

<sup>34</sup> *Mannington Mills Inc. v. Congoleum Corp.* 595 F.2D 1287 (3rd Cir. 1979).

<sup>35</sup> Вид. о томе Коментар одлуке Континентал Кен: *Paragraf.lex*.

<sup>36</sup> Предмет 48/69 *ICI v the Commission*. Сличне поступке покренули су и *Geigy* и *Sandoz*, Предмет 52/69 *J. R. Geigy A.G. v. Commission*, Предмет 53/69 *Sandoz A.G. v. Commission*.

сти, док се тек њена наплата може сматрати извршном надлежношћу. Вршење законодавне надлежности Општи правобранилац сматра оправданим чак и по цену да одлуке које Комисија буде донела касније не могу да се изврше против страног предузећа: „Комисија би свакако била разоружана ако би, суочена са усаглашеном праксом за коју је иницијатива потекла од предузећа која се налазе изван заједничког тржишта и за коју одговорност носе искључиво таква предузећа, била лишена надлежности да доноси одлуке против њих. То би такође значило испуштање једног начина за одбрану заједничког тржишта, и то начина који је неопходан да би се остварили главни циљеви Европске економске заједнице.“ Суд ЕЗ је у овом предмету прихватио други разлог Комисије и њену одлуку против предузећа *ICI* је одржао на снази полазећи од доктрине о јединственом привредном субјекту који чине страно друштво и његово домаће друштво-кћи (*Single Economic Unit Theory*).<sup>37</sup> За потребе примене прописа о заштити конкуренције ови субјекти се, иако правно одвојени, могу посматрати као целина. Сходно томе, они потпадају под надлежност Комисије, јер се понашање друштва-кћери има приписати друштвумајци: „формална раздвојеност између ових друштава, која проистиче из њихове посебне правне личности, не може надвладати јединство њиховог понашања на тржишту за потребе примене права о заштити конкуренције.“<sup>38</sup> Суд се у одлуци *Dyestuffs*, међутим, није изјаснио о прихватљивости доктрине ефеката.

Две деценије касније, Комисија је поново засновала своју одлуку на доктрини ефеката. Било је то у предмету познатом под називом *Wood pulp case*.<sup>39</sup> Испитујући да ли је дошло до споразумног утврђивања цена у области индустрије дрвене пулпе која се користи за производњу целулозе, Комисија је дошла до закључка да постоји картел и да су четрдесет један произвођач и два удружења учествовали у усаглашеној пракси супротној чл. 81 ст. 1 Уговора. Одлучила је да казни тридесет шест предузећа. Нека од њих (укупно 28) су покренула спор пред Судом ЕЗ за поништај њене одлуке, прво због недостатка надлежности Комисије, и друго, због тога што нису учествовала у усаглашеној пракси. Сви кажњени произвођачи и удружења

<sup>37</sup> У домаћој литератури сличан институт се под утицајем америчке доктрине назива „пробијањем правне личности“ (*piercing of the corporate veil, lifting of the corporate veil*). Међутим, под утицајем доктрине Уједињеног Краљевства, Суд ЕЗ за овај институт користи термин јединствени привредни субјект (*Single Economic Unit*) који је први употреби Лорд Денинг у предмету *ДХН*.

<sup>38</sup> Сличну аргументацију Суд је изнео и у одлуци *Континентал Кен*, у погледу приговора ненадлежности Комисије и Суда који је ставило америчко предузеће, као тужилац. Вид. одлуку *Континентал Кен*, у преводу на српски: *Paragraflex*, пасуси 14–17.

<sup>39</sup> У преводу: *Предмет дрвене пулпе*.

имали су седиште ван Европске заједнице. Суд је раздвојио питања и прво одлучио о надлежности Комисије,<sup>40</sup> а тек касније о томе да ли је одлука Комисије да су предузећа учествовала у усаглашеној пракси законита.<sup>41</sup>

Општи правобранилац је у свом мишљењу у првом делу поступка дао екстензиван преглед међународног права и права САД по питању простирања законодавне надлежности државе. По њему, два неоспорна основа на којима се може засновати надлежност државе у складу са правилима међународног права су начело територијалности и начело држављанства. Прво начело даје надлежност држави на чијој територији се налазе лица или ствари у питању или на чијој територији се одиграо догађај о коме је реч. Друго начело даје надлежност држави о чијим се држављанима ради.<sup>42</sup> Начело територијалности представља основу за два посебна начела надлежности: (1) начело субјективне територијалности, на основу којег држава може да заснује надлежност за радње које су потекле са њене територије, иако су завршене у иностранству, и (2) начело објективне територијалности, на основу којег држава може да заснује надлежност за акте који су потекли из иностранства, ако су бар делом завршени на њеној територији.<sup>43</sup> Начело објективне територијалности игра важну улогу у проширењу надлежности држава у области заштите конкуренције. Из овог начела се изводи доктрина ефеката, која држави даје надлежност за одређено понашање које је произвело последицу (ефекат) на њеној територији мада се само то понашање није одиграло на њеној територији.<sup>44</sup> Мишљење правобраниоца је било да је Заједница путем Комисије овлашћена да прихвати надлежност у овом предмету на основу доктрине квалификованих последица и да треба да је прихвати. Под квалификованим последицама он подразумева последице које су непосредне, значајне и предвидљиве (енг. *the criterion of the direct, substantial and foreseeable effect*).<sup>45</sup>

Суд ЕЗ се ни у одлуци *Wood pulp I* није изјаснио да ли се теорија ефеката примењује и у Заједници. Мада је потврдио надлежност Комисије, образложио је то нешто друкчијим разлозима. У

<sup>40</sup> Пресуда Суда ЕЗ од 27. септембра 1988. године у спојеним предметима 89, 104, 114, 116, 117 и 125– 129/85 А. Алструм Осакихтиу и други против Комисије – *Woodpulp I*. Превод на српски: *Paragraf.lex*.

<sup>41</sup> Пресуда Суда ЕЗ (петог већа) од 31. марта 1993. године у спојеним предметима 89, 104, 114, 116, 117 и 125– 129/85 А. Алструм Осакихтиу и други против Комисије – *Woodpulp II*.

<sup>42</sup> *Woodpulp I*, Мишљење општег правобраниоца, пасус 19.

<sup>43</sup> *Ibid.*, пасус 20.

<sup>44</sup> *Ibid.*, пасус 21.

<sup>45</sup> *Ibid.*, пасус 57.

образложењу пресуде прво је испитао да ли је Комисија погрешно применила чл. 81 УЕЗ када га је применила на предузећа која имају седишта изван Заједнице.<sup>46</sup> Закључак Суда је да је Комисија исправно одредила поље примене овог прописа, јер су договарањем о ценама које ће наплаћивати својим купцима у Заједници и продајом робе по договореним ценама, та предузећа учествовала у договору чији су циљ и последица били да се ограничи конкуренција на заједничком тржишту у смислу тога члана. Затим је испитао да ли је Комисија оваквим поступањем повредила међународно право и дошао до закључка да није.<sup>47</sup> Образложење за свој став Суд је нашао у примени начела територијалности, које је по његовим речима „универзално признато у међународном јавном праву“. Повреда чл. 81 састоји се у закључењу споразума који има за последицу да ограничава конкуренцију на заједничком тржишту и сачињена је од два елемента: закључења уговора, доношења неке одлуке или усвајања усаглашене праксе, с једне стране и спровођења (енг. *implementation*; фр. *le lieu ou l'entente est mise en oeuvre*) таквог уговора, одлуке или праксе, с друге стране.<sup>48</sup> Уколико би се примена забрана које предвиђа право о заштити конкуренције учинила зависним од места где је уговор закључен, односно где је донета одлука или усвојена усаглашена пракса, предузећа би очигледно имала на располагању веома лак начин да изиграју те забране. Одлучујући фактор, стога, по мишљењу Суда мора бити место где су такви забрањени споразуми спроведени. Произвођачи су у овом случају спровели у дејство (енг. *implemented*) своје споразуме о ценама на територији Заједнице. При томе је небитно да ли су уговоре са купцима на територији Заједнице закључивали непосредно или преко својих друштава-кћери, заступника или огранака. Сходно томе, у овом случају на делу је само примена територијалног начела – дакле примена домаћих закона на понашање које се одиграло на домаћој територији. На крају, Суд одбацује аргументе тужилаца да је дошло до повреде начела немешања у послове других држава (у овом случају САД).<sup>49</sup> Чињеница да Веб-Померинов закон из 1918. године изузима извозне картеле од примене антимонополског права САД, не води закључку да су САД доношењем овог закона наложиле тужиоцима да закључују такве картеле.

На основу одлуке у предмету *Wood pulp*, неки коментатори износе мишљење да је за примену права Заједнице о заштити

<sup>46</sup> Пресуда Суда ЕЗ у предмету *Wood pulp I*, превод на српски *Paragraf.lex*, пасуси 11–14.

<sup>47</sup> *Ibid.*, пасуси 15–18.

<sup>48</sup> *Ibid.*, пасус 16.

<sup>49</sup> *Ibid.*, пасуси 19–22.

конкуренције и за надлежност Комисије која проистиче из меродавности ових правила, довољно да је антиконкурентијски споразум било закључен било да се спроводи на територији Заједнице.<sup>50</sup> Спровођење споразума обухвата како директну продају робе и услуга тако и продају преко посредника. Остаје нејасно само да ли би се под спровођењем могло подразумевати и нечињење, на пример ситуација да се предузећа договоре да не купују робу од продаваца у Заједници или да не продају своју робу на територији Заједнице и затим доследно спроведу тај договор.<sup>51</sup>

Пракса Комисије у примени чл. 81 УЕЗ и интелективни акт који је донела о овом питању оповргавају мишљење да је довољно да је споразум закључен на територији Заједнице да би био забрањен на основу тога члана. Чини се напротив, да критеријум примене чл. 81 – утицај на конкуренцију у Заједници – важи и у супротном смеру, тј. да се тај члан не примењује на споразуме који немају такав утицај макар да су и закључени на њеној територији. Реч је о томе да се антиконкурентијски споразуми могу закључивати ако имају за циљ искључиво утицај на конкуренцију у државама које нису чланице Заједнице. Штетан утицај на трговину између Заједнице и трећих земаља се не рачуна.<sup>52</sup> Такво тумачење је протекционистичко, али није карактеристично само за Европску заједницу, него је присутно и у другим државама.<sup>53</sup>

Судови Заједнице су у досадашњој пракси појаснили садржину појма „утицај на трговину између држава чланица“. На основу тога, Европска комисија је 2004. године донела Упутство за примену појма утицаја на трговину садржаног у чл. 81 и 82 Уговора<sup>54</sup> у коме износи своје схватање овог појма.<sup>55</sup> Према Упутству утицај на трговину између држава чланица је аутономан појам права Заједнице чије

<sup>50</sup> Вид. на пример, V. Korah, *Cases and Materials on EC Competition Law*, Oxford 1997, 225.

<sup>51</sup> Вид. V. Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford – Portland Oregon 2004<sup>8</sup>, 32; A. Jones, B. Suffrin, *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford 2004, 1255

<sup>52</sup> L. Ritter, W.D. Braun, F. Rawlinson, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Kluwer 2000, 72.

<sup>53</sup> На пример, у САД правило је изричито формулисано у Веб-Помериновом закону.

<sup>54</sup> *Commission Notice — Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (Text with EEA relevance) Official Journal C 101, 27/04/2004 P. 0081 – 0096 – Упутство Комисије.*

<sup>55</sup> *Ibid.*, пасус 3. Упутство је административни акт који нема снагу закона и не обавезује судове, али обавезује саму Европску комисију јер се на основу њега креирају легитимна очекивања предузећа. Вид. L. Ritter, W.D. Braun, F. Rawlinson, 59.

се постојање мора посебно утврђивати у сваком појединачном случају. Он има улогу критеријума којим се одређује поље примене права Заједнице о заштити конкуренције. Треба уочити двоструку природу овог критеријума, јер он разграничава поље примене права Заједнице како унутар њене територије, као савезног права, у односу на национална права о заштити конкуренције држава чланица, тако и ка спољашњем свету, према државама нечланицама.<sup>56</sup> Појам је створен да би се у антикартелском праву дефинисала граница између поља примене права Заједнице и националног права,<sup>57</sup> а тек касније је употребљен и за одређивање екстериторијалне примене права Заједнице. Право Заједнице се не примењује на споразуме и праксу који не могу да значајно утичу на трговину између држава чланица.<sup>58</sup>

У одељку 3.3. Упутства који носи наслов: „Споразуми и злоупотребе који се тичу увоза и извоза са предузећима која се налазе у трећим земљама и споразуми и злоупотребе који се тичу предузећа која се налазе у трећим земљама“,<sup>59</sup> разматра се могућност примене права Заједнице на ситуације са прекограничним елементом. Када се критеријум „утицаја на трговину“ примењује на уговоре и праксу који се тичу „трећих земаља“<sup>60</sup> или на предузећа која се налазе у трећој земљи, мора се узети у обзир и циљ споразума, односно праксе. Ако је њихов циљ ограничавање конкуренције у Заједници, онда је већа вероватноћа да ће се доћи до закључка да постоји утицај на трговину између држава чланица него у случају да им је циљ ограничавање конкуренције изван Заједнице. Споразуми чији је циљ ограничавање конкуренције у Заједници обично по самој својој природи имају такав утицај. Они могу да се тичу и извоза и увоза.<sup>61</sup>

Када је у питању увоз, у ову категорију спадају споразуми који доводе до изолације унутрашњег тржишта. На пример, такав споразум постоји када конкуренти у Заједници и у државама нечланицама поделе тржиште, тако што се договоре да неће продавати своју робу на домаћем тржишту друге стране, или тако што закључе узајамне уговоре о ексклузивној дистрибуцији.<sup>62</sup> Ограничења конкуренције која се

<sup>56</sup> Вид. А. Ф. Bavasso, „*Gencor: A Judicial Review of the Commission's Policy and Practice*“, *World Competition* 4/1999, 3.

<sup>57</sup> Вид. Пресуду Суда од 13. јула 1966. у спојеним предметима 56 и 58–64 *Consten and Grundig v. the Commission*, пасус 27. Превод на српски *Paragraf.lex*.

<sup>58</sup> *Ibid.*, пасус 12.

<sup>59</sup> *Ibid.*, пасуси 100–109.

<sup>60</sup> Под „трећим земљама“ подразумевају се земље нечланице Европске заједнице.

<sup>61</sup> *Ibid.*, пасус 103.

<sup>62</sup> *Ibid.*, пасус 104.

односе на извоз у земље изван Заједнице (земље нечланце) најчешће не утичу негативно на конкуренцију на тржишту Заједнице.<sup>63</sup> Комисија је у низу својих одлука потврдила да не намерава да примењује забрану из чл. 85 на рестриктивне споразуме који се тичу извоза на тржишта ван Европске заједнице.<sup>64</sup> Другим речима, извозни картели нису *per se* забрањени. Само ако се извозним картелом уједно значајно утиче и на конкуренцију на територији Заједнице, односно на трговину између држава чланица, долази до активирања забране из чл. 81.<sup>65</sup> Као пример споразума ове врсте који могу да утичу на конкуренцију у Заједници Комисија наводи уговоре између предузећа из две или више држава чланица да се извезу одређени вишкови у трећу земљу, ако је циљ тих уговора да се усклади тржишно понашање тих субјеката у Заједници. Такви извозни споразуми умањују ценовну конкуренцију јер ограничавају понуду на тржишту Заједнице.<sup>66</sup>

По мишљењу Комисије, споразуми који немају за циљ ограничавање конкуренције у Заједници морају се детаљније анализирати да би се утврдило да ли евентуално могу да имају утицаја на прекограничну економску активност у Заједници.<sup>67</sup> Тада се узима у обзир дејство споразума на потрошаче и друге учеснике на тржишту Заједнице који користе производе предузећа која су учесници у споразуму или пракси. У предмету *Compagnie maritime belge*,<sup>68</sup> Првостепени суд је оценио да споразуми између бродарских превозника који врше превоз између лука у Заједници у лука у Јужној Африци могу индиректно да утичу на трговину између држава чланица јер мењају географско тржиште (*catchment areas*) лука Заједнице обухваћених споразумима и утичу на активности других предузећа у тим областима.<sup>69</sup>

Утицај на трговину може постојати такође ако споразум забрањује поновни извоз робе у Заједницу. На пример, у предмету *Javico*,<sup>70</sup> била су спорна два уговора између испоручиоца из Француске (компаније Ив Сен Лорен) и дистрибутера из Немачке о искључивој

<sup>63</sup> Пресуда Суда ЕЗ у предмету C-174/84 *Bulk Oil (Zug) AG v. Sun International Ltd.*

<sup>64</sup> Вид. J. F. Bellis, *International Trade and the Competition Law of the European Economic Community*, *Common Market Law Review* 1979, 684. Аутор наводи низ одлука Комисије у којима је заузет такав став.

<sup>65</sup> Вид. L. Ritter, W.D. Braun, F. Rawlinson, 57.

<sup>66</sup> Упутство Комисије, пасус 105.

<sup>67</sup> *Ibid.*, пасус 106.

<sup>68</sup> Спојени предмети T-24-26 i 28/93, *Compagnie maritime belge transports SA and Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. and Nedlloyd Lijnen BV v. ommission of the European Communities.*

<sup>69</sup> *Ibid.*, пасус 107.

<sup>70</sup> Предмет C-306/96 *Javico International et Javico AG v Yves Saint Laurent Parfums.*



дистрибуцији робе у Русију и Украјину, односно у Словенију (која тада још није била држава уговорница). Споразуми су забрањивали дистрибутеру препродају робе изван додељене територије, укључујући и забрану препродаје у Заједници. Француски суд пред којим је оспорена пуноважност ових уговора обратио се Суду ЕЗ са питањем да ли су они забрањени чланом 81 УЕЗ пошто се тичу дистрибуције робе на територији треће земље. Суд ЕЗ је одлучио да је такав споразум забрањен уколико има за последицу спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције унутар Заједнице и ако је вероватно да ће утицати на трговину између држава чланица.<sup>71</sup> Ако би у одсуству рестриктивног споразума препродаја у Заједници била могућа и вероватна, сматра се да такав споразум може да утиче на трговину у Заједници.<sup>72</sup> Међутим, да би такав утицај био вероватан, мора постојати значајна разлика у ценама истог производа у Заједници и изван Заједнице. Такође, ова разлика у ценама не сме да буде битно умањена трошковима царине и транспорта. Коначно, количина извезених производа у поређењу са укупним тржиштем ових производа у Заједници такође мора бити значајна. При том се узима у обзир кумулативно дејство свих сличних уговора које закључују исти испоручиоци и међусобно конкурентни испоручиоци, јер ови уговори као целина могу утицати на трговину између држава чланица.<sup>73</sup> Уколико ове претпоставке нису испуњене, сматра се да не постоји значајан утицај на трговину између држава чланица и право Заједнице (чл. 81) се не примењује на такав споразум. Суд ЕЗ је у предмету *Javico* оставио националном суду који је упутио претходно питање да процени, да ли су наведене претпоставке које се морају испунити да би се уговори сматрали супротним правилима ЕЗ о конкуренцији, у конкретном случају испуњене.

### 3.2. Поље примене одредаба о забрани злоупотребе доминантног положаја

Чл. 82 се односи на злоупотребе доминантног положаја на тржишту Заједнице или на његовом битном делу које би могле штетно утицати на трговину између држава чланица. То не значи, међутим, да је поље примене овог члана ограничено на трговину између држава чланица – он се може применити и на трговину са трећим земљама. Ако неко предузеће из иностранства има доминантан положај на тржишту Заједнице у испоруци неког производа или пружању услуге свака злоупотреба таквог положаја може представљати злоупотребу

<sup>71</sup> Предмет *Javico*, пасус 28.

<sup>72</sup> Упутство Комисије, пасус 108.

<sup>73</sup> *Ibid.*, пасус 109. Предмет *Javico*, пасуси 25–26.

доминантног положаја у смислу чл. 82 УЕЗ. Предмети *Commercial Solvents* и *Chiquita* су примери за такву квалификацију праксе страних увозника робе који су били у доминантом положају. У првом предмету, *CSC*, америчко друштво које је имало монопол на светском тржишту једне врсте сировина за производњу лека против туберкулозе, престало је да је испоручује италијанском друштву Зоја као једном од својих главних купаца у Заједници. Комисија је одлучила да је *CSC* тиме извршио злоупотребу свог доминантног положаја. У другом предмету, Комисија је оценила да је америчко друштво *UBC* злоупотребило свој доминантан положај на тржишту банана приликом велепродаје свежих банана увезених из Централне Америке на тржишту Заједнице (забраном велетрговцима да врше препродаје, наплаћивањем превисоких цена, раскидањем уговора са једним непослушним велетрговцем итд.). Суд ЕЗ је у битном делу потврдио обе одлуке Комисије.<sup>74</sup>

Комисија у Упутству не разматра посебно да ли се и под којим условима одредбе чл. 86 примењују на злоупотребљиву праксу друштава из Заједнице која имају доминантан положај на неком страном тржишту. Међутим, из његових одредаба проистиче да као и код рестриктивних споразума, таква пракса може бити под ударом овог чл. само уколико се њоме уједно остварује значајан утицај на трговину између држава чланица.<sup>75</sup> Такав утицај се може остварити нпр. ако се злоупотребом утиче на структуру тржишта у Заједници.<sup>76</sup>

Уколико би антиконкурентски споразуми или пракса правних субјеката на територији Заједнице били усмерени на тржиште земаља Европског привредног простора или земаља са којима Заједница има међународне споразуме који садрже одредбе о заштити конкуренције сличне чл. 81 и 82, забрана би ипак деловала, јер се Заједница међународно обавезала према овим државама да ће примењивати правила конкуренције на споразуме и праксу који би могли да утичу на њихову међусобну трговину.<sup>77</sup> На пример, одредбе чл. 53 и 54 Споразума о Европском привредном простору које се тичу рестриктивних споразума и злоупотребе доминантног положаја тумаче се на исти начин у погледу поља примене као и чл. 81 и 82.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> Спојени предмети 6 i 7/73 *Instituto Chimioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v. Commission* и Предмет бр. 27/76 *United Brands v. Commission*. Превод на српски *Paragraf.lex*.

<sup>75</sup> Упутство Комисије, пасус 12 и пасуси 100–108.

<sup>76</sup> Вид. Предмет 22/79 *Greenwich v. SACEM*.

<sup>77</sup> Вид. А. М van den Bossche, „Competition Provisions in the Europe Agreements“, *Enlarging the European Union. Relation between the EU and Central and Eastern Europe*, (М. Maresceau, ed.), London 1997.

<sup>78</sup> Вид. L. Ritter, W. D. Braun, F. Rawlinson, 53 и 66.

### 3.3. Поље примене одредаба права Заједнице о контроли концентрација

У право Заједнице о заштити конкуренције улазе и норме о контроли спајања предузећа, мада Уговор о оснивању ЕЗ не садржи изричите одредбе о томе. Једно време Комисија је користила члан 82, а после и члан 81 како би спречила поједина преузимања и стицања удела у предузећима (на пример, у предмету *Континентал Кен*).<sup>79</sup> Тек након дугогодишњег настојања успела је да издејствује доношење обавезујућег прописа: Уредбе Савета бр. 4064/89 о контроли концентрација предузећа, која је касније замењена Уредбом Савета бр. 139/2004 о контроли концентрација предузећа.<sup>80</sup> Поље примене Уредбе о спајањима одређено је у њеном првом члану. Првим ставом предвиђено је да се она примењује на све концентрације које имају „елемент Заједнице“ (енг. *a Community dimension*). Концентрација има елемент Заједнице уколико предузећа која се спајају достижу одређене прагове промета дефинисане у другом ставу, на светском тржишту и на тржишту Заједнице. Ако сва предузећа која се спајају имају комбиновани укупни светски промет већи од 5.000 милиона евра и бар два од тих предузећа имају појединачно укупан промет на тржишту Заједнице већи од 250 милиона, праг се сматра достигнутим и Уредба се примењује на такву концентрацију. Предвиђен је изузетак уколико предузећа о којима је реч постижу више од две трећине свог промета у Заједници у оквиру само једне државе чланице. У трећем ставу одређени су алтернативни прагови промета који се односе на концентрације које не испуњавају прагове из другог става, али имају везу са бар три државе чланице Заједнице. У таквим случајевима такође може доћи до примене Уредбе. Промет обухвата приходе од продаје производа или услуга и израчунава се на начин одређен у чл. 5 Уредбе. У Смерницама комисије о израчунавању промета објашњено је да се и за производе и услуге промет приписује у месту где се налази купац је је то место у коме се у већини случајева закључује уговор, где се ствара промет за продавца и где се одвија конкуренција са другим продавцима.<sup>81</sup> За питање да ли концентрација има елемент Заједнице у смислу чл. 1, небитно је да ли предузећа која спроводе концентрацију имају седиште и главно место пословања у Заједници, уколико имају значајно пословање у Заједници (преамбула, став 10). Слично као и код рестриктивних споразума, описани критеријум служи за одређивање поља примене Уредбе у односу

<sup>79</sup> Предмет 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities*, превод на српски: *Параграф.нет*.

<sup>80</sup> *Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation)*, Official Journal L 024, 29/01/2004, 1–22.

<sup>81</sup> *Notice on Calculation of Turnover OJ (1998) C 66/25*, пасус 46.

према државама чланицама с једне стране и у односу према спољном свету, с друге стране.

Многа страна предузећа која намеравају да спроведу концентрацију било где у свету обраћају се Комисији да би била сигурна да не потпадају под забрану коју Уредба ЕЗ о спајању прописује. Члан 4. Уредбе предвиђа обавезу предузећа да најаве концентрацију Комисији, а чл. 6 обавезује Комисију да у случају да оцени да се Уредба не примењује на дату концентрацију или се примењује, али концентрација не изазива озбиљне сумње у погледу усклађености са заједничким тржиштем, у кратком року донесе одговарајућу одлуку о томе. Таквом одлуком се практично дозвољава концентрација са становишта Европске заједнице. С друге стране, уколико Комисија оцени да се Уредба примењује и да постоје разлози за озбиљну сумњу у погледу усклађености концентрације са заједничким тржиштем, покреће се поступак који може да се заврши забраном концентрације или постављањем одређених услова које предузећа претходно морају да испуне. Сличне одредбе садржала је и претходна Уредба о спајањима.

Пред Судом ЕЗ се појавило питање примене претходне Уредбе бр. 4064/89, на случај када сва предузећа која учествују у концентрацији имају центар пословања у иностранству. Предузећа *Gencor Limited*, привредно друштво основано по праву Јужноафричке Републике, и *Lonro*, акционарско друштво основано по праву Уједињеног Краљевства), споразумела су се да спроведу концентрацију у сектору производње метала који спадају у групу платине. Оба друштва су седиште свог пословања у том сектору имала у Јужноафричкој Републици, где се обављало ископавање руде и рафинисање платине и сродних метала. Делатност *Gencora* у сектору платине обављало је друштво *Implats*, основано по јужноафричком праву, а делатност *Lonroa* у истом сектору обављала су друштва-кћери *Istplats* и *Vestplats* основана по јужноафричком праву као одељење *Lonroa* за платину – *LPD*. *LPD* је продавао своје производе на светском тржишту преко друштва-кћери које је *Lonro* основао у Белгији. На основу планиране концентрације, *Gencor* и *Lonro* би путем двостепене операције замене удела у капиталу стекли заједничку контролу *Implatsa*, а преко тог предузећа, и контролу *Istplatsa* и *Vestplatsa*. Странке су најавиле намеравано спајање јужноафричком органу за заштиту конкуренције и Европској комисији. Надлежни орган Јужноафричке Републике је одобрио спајање, али га је Комисија забранила. Комисија је сматрала да би се спајањем ова два друштва створио дуопол који би чинили новоформирано друштво настало концентрацијом (*Implats/LPD*) и јужноафричко привредно друштво *AAC (Anglo American Corporation of South Africa LTD)* које је путем свог повезаног друштва, *Amplats*,

било њихов главни конкурент на тржишту. Антиконкурентијско дејство таквог дуопола осетило би се на релевантним тржиштима унутар ЕУ и Европског привредног простора. Иначе, у одлуци Комисије је констатовано да се метали из групе платине продају у целом свету, а највише у Јапану (око 50% светске потражње), Северној Америци (око 20% светске потражње) и Западној Европи (такође око 20% светске потражње). Око 75% производње платине и сродних метала обавља се у Јужноафричкој Републици, а преосталих 25% у Русији. Јужноафричка Република поседује 90% резерви платине у свету, док су руске резерве на измаку. У писму упућеном Комисији поводом овог случаја, јужноафричка влада је изјавила да не оспорава политику Комисије, али да сматра да предложена концентрација вероватно не би ометала конкуренцију, с обзиром на економску моћ Амплатса и постојање других извора снабдевања металима из групе платине, као и на могућности за друге произвођача да уђу на јужноафричко тржиште одобравањем нових рударских концесија. Истакла је да би постојање два конкурента једнаке снаге можда било повољније за конкуренцију од ситуације у којој једно предузеће (*AAC/Amplats*) ужива доминантан положај.

Мада је забраном Комисије планирана концентрација аутоматски пропала, јер је уговором о концентрацији као одложни услов било предвиђено да Комисија до одређеног рока одобри спајање, *Gencor* је поднео тужбу за поништај одлуке Комисије пред Судом ЕЗ. Позвао се на четири разлога, с тим да је први разлог била ненадлежност Комисије за дати концентрацију. *Gencor* је у тужби тврдио да се Уредба о спајањима примењује само ако се делатности које представљају предмет концентрације обављају на територији Заједнице. Место делатности у овом случају је у Јужноафричкој Републици. Такође, ако се примени тест из предмета *Wood pulp* треба сматрати да се концентрација спроводи на територији Јужноафричке Републике која је одобрила концентрацију. Уколико би се применио други тест, односно тест ефеката, ни онда не би били испуњени услови за примену Уредбе, јер не постоје непосредни и значајни ефекти предложеног спајања на конкуренцију у Заједници. При том се *Gencor* позвао на то да је европско тржиште платине и сродних метала по обиму мање значајно од тржишта које имају друге земље као што су Јапан и САД. Поред тога, *Gencor* је сматрао да Комисија не може да заснује своју надлежност на основу будућег и хипотетичког понашања предузећа о којима је реч. Коначно, последице које би спајање имало на територији Јужноафричке Републике су много значајније него последице које би оно имало на територији Европске заједнице, те надлежност за ову концентрацију треба препустити тој земљи следећи начело немешања односно да не би дошло до

сукоба надлежности. Прихватање надлежности у таквим околности-ма представља мешање у унутрашње ствари те земље. Комисија се бранила позивањем на два основа за вршење надлежности: начело држављанства и територијално начело. Пошто је *Lonro* правно лице основано у Уједињеном Краљевству, оно је држављанин државе чланице Европске заједнице. Одлука Комисије је у складу са пресудом у предмету *Wood pulp* јер за заснивање надлежности није битно место налажења или место обављања делатности предузећа која се спајају, већ место где се манифестују антиконкуренцијски ефекти. У овом случају ради се о измени структуре конкуренције на заједничком тржишту која се не тиче ископавања и рафинисања производа о којима је реч, него тржишта за продају платине у Заједници. Концентрација би имала минималне последице на конкуренцију у Јужноафричкој Републици јер је у тој земљи ниска потражња за платином. Из тог разлога не постоји наводни сукоб надлежности. Комисија је такође напоменула да су се странке добровољно подвргле њеној надлежности, самим тим што су јој поднеле пријаву о концентрацији и условиле ступање уговора на снагу прибављањем одобрења Комисије. Немачка се, као умешач на страни Комисије, заложила за примену начела објективне територијалности, односно за примену доктрине ефеката и за екстериторијалну примену Уредбе која проистиче из примене те доктрине. Првостепени суд је прво одбацио аргумент Комисије о добровољном подвргавању тужиоца надлежности,<sup>82</sup> а затим размотрио територијално поље примене Уредбе<sup>83</sup> и сагласност оспорене одлуке са међународним правом.<sup>84</sup> По мишљењу Суда, одлучујући критеријум за примену Уредбе је последица концентрације на заједничком тржишту. У њено поље примене спадају концентрације које, мада се односе на рударску и производну делатност изван Заједнице, имају последицу да стварају или јачају доминантни положај на основу кога се стварна конкуренција на заједничком тржишту значајно омета.<sup>85</sup> Општим позивањем на појам значајне делатности, Уредба не придаје већи значај производној од продајне делатности за потребе одређивања свога поља примене. Напротив, постављањем квантитативних прагова који се заснивају на промету она придаје већи значај продајној делатности на заједничком тржишту као фактору који концентрацију повезује са Заједницом.<sup>86</sup> Тужилац такође не може да се ослони на критеријум који се тиче спровођења

<sup>82</sup> Пресуда Првостепеног суда ЕЗ од 25. марта 1999. године у предмету Т-102/96 *Gencor Limited v. the Commission*, превод на српски *Параграф.нет*, пасус 76.

<sup>83</sup> *Ibid.*, пасуси 78–88.

<sup>84</sup> *Ibid.*, пасуси 89–111.

<sup>85</sup> *Ibid.*, пасус 82.

<sup>86</sup> *Ibid.*, пасус 84.

уговора, с позивом на пресуду у предмету *Wood pulp*. Наиме, према одлуци у предмету *Wood pulp*, критеријум у погледу споровођења споразума је задовољен обичном продајом у Заједници, без обзира на место налажења извора снабдевања и производног погона.<sup>87</sup> Суд је такође закључио да је прихватање надлежности у овом случају у складу са правилима међународног права. Примена Уредбе је оправдана на основу међународног права уколико је предвидљиво да ће предложена концентрација имати непосредну и значајну последицу у Заједници.<sup>88</sup> Непосредна последица састоји се у стварању дуопола између *Amplatsa* и *Implatsa/LPD*-а на светском тржишту платине и сродних метала, које ће наступити у блиској будућности, када руске залихе буду исцрпљене, а тржиште Заједнице је битан део светског тржишта.<sup>89</sup> Дејство концентрације обухвата не само продају производа предузећа које би настало концентрацијом, него и продају производа *Amplatsa* у Заједници што би представљало више него значајан део продаје платине и родијума у западној Европи.<sup>90</sup> У даљем тексту образложења, Суд без много расправе прихвата да је испуњен и критеријум предвидљивости.<sup>91</sup> Суд је такође оценио да Комисија није повредила начело немешања у послове других држава, јер није било сукоба између поступања које је прописала Влада Јужноафричке Републике и поступања које је прописала Заједница. Јужноафрички органи су потврдили да уговор о концентрацији не изазива њихову забринутост у погледу политике конкуренције, али нису захтевали да се такав уговор закључи.

Чини се да је Првостепени суд много ближи прихватању доктрине ефеката у одлуци *Gencor*, него што је то био Суд ЕЗ у одлуци *Wood pulp*. То посебно потврђују два услова које је испитивао да би установио да ли последица концентрације између друштава *Gencor* и *Lonro* на тржишту Заједнице представља довољан основ за надлежност: предвидљивост, тренутно и значајно дејство (енг. *immediate, substantial, and foreseeable effect*). Реч је у ствари о условима које је Општи правобранилац Дармон, полазећи од упоредноправних узора, предложио као део појма квалификованих ефеката који Заједница треба да усвоји да би одредила поље примене својих прописа о конкуренцији. Важности ове одлуке доприноси и то што је Суд ЕЗ у њој показао да се критеријуми за одређивање поља примене Уредбе о спајањима могу преиспитивати у светлу захтева међународног права.<sup>92</sup>

<sup>87</sup> *Ibid.*, пасус 87.

<sup>88</sup> *Ibid.*, пасус 90.

<sup>89</sup> *Ibid.*, пасус 93.

<sup>90</sup> *Ibid.*, пасус 97.

<sup>91</sup> *Ibid.*, пасус 100.

<sup>92</sup> Вид. А. F. Bavasso, 50.

Екстериторијална примена права Заједнице о заштити конкуренције на страна лица даје често повода за конфликте са другим суверенитетима.<sup>93</sup> Ови конфликти се ипак брзо решавају политичком и дипломатском акцијом представника заинтересованих држава. За спровођење права Заједнице на располагању стоје и инструменти правне помоћи – билатерални споразуми о узајамном обавештавању о предметима који су под истрагом пред националним органима за заштиту конкуренције, који имају утицаја и на тржиште друге уговорне стране и о узајамној помоћи у спровођењу извршних радњи за заштиту конкуренције. Такве споразуме Заједница има са САД, Канадом и Јапаном.<sup>94</sup>

#### 4. ЗАКЉУЧАК

На почетку смо поставили питање да ли чл. 2 Закона о заштити конкуренције треба тумачити тако да обухвати све акте и радње учињене на територији Републике Србије или само оне који утичу или би могли утицати на конкуренцију на територији Републике Србије. Ако се следи право ЕЗ о заштити конкуренције, мора се закључити да ограничења конкуренције усмерена на страна тржишта не потпадају под забране прописане Законом, осим ако истовремено немају утицаја и на домаће тржиште. Изузетак су ограничења конкуренције усмерена на тржишта која су обухваћена међународним споразумима: тржиште Европске заједнице заштићено одредбама Споразума о придруживању (од момента када споразум о придруживању, односно привремени споразум, буду ступили на снагу), тржишта држава ЦЕФТА и тржиште мрежне трговине држава чланица Енергетске заједнице.

Када је у питању екстериторијална примена домаћих прописа, основни критеријум је стварни или могући утицај или последица аката или радњи на конкуренцију на тржишту Србије. Као допунски критеријум би се могао прихватити и утицај на тржишту неке друге државе са којом Србија има међународни уговор којим се штити конкуренција. Утицај на конкуренцију у Србији који доводи до примене домаћих норми треба да буде значајан, а постојаће, по правилу, ако акт или радња има за циљ ограничавање конкуренције на српском тржишту и ако се спроводи на територији Србије. Међутим,

<sup>93</sup> Вид. на пример, предмете спајања америчких компанија *Boeinga i McDonnell Douglas-a*, као и забрану спајања америчких компанија *GE* и *Honeywell*. Опширније код A. Jones, B. Suffrin, 1263–65.

<sup>94</sup> *Ibid.*, 1266–1270.



стварне могућности Србије да спроведе екстериторијалну примену сопственог законодавства о заштити конкуренције су знатно мање од оних којима располаже Заједница по чијем су моделу усвојени критеријуми за одређивање његовог поља примене.

Maја Stanivuković, PhD

Full Professor

University of Novi Sad Faculty of Law

## SCOPE OF APPLICATION OF NEW COMPETITION RULES OF THE REPUBLIC OF SERBIA: RECEPTION OF THE EC COMPETITION RULES

### *Summary*

The new Competition Act of the Republic of Serbia which entered into force November 1, 2009, promotes principles of the market economy. The Competition Act is closely modelled after the EC competition rules. It applies to acts and actions performed on the territory of the Republic of Serbia, as well as to the acts and actions performed outside its territory, if they affect or could affect the competition in the territory of the Republic of Serbia. Furthermore, it applies to all undertakings that trade in goods and services, regardless of their legal status or the state of origin. Serbia has also accepted international treaty obligations towards EC and CEFTA countries to enforce similar competition rules in cases when undertakings enter into agreements or practices that could affect competition in trade between member states. Articles 81 and 82 of the EC Treaty are quoted in those treaties as a yardstick for proper interpretation of the rules on competition contained therein. The article presents the scope of application of Articles 81 and 82 in light of the practice of the EC Courts and the Commission's Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82, and draws conclusions that may be relevant for the application of the Serbian competition rules.

Key words: *Competition Law.– Extraterritorial application of law. – Competition Act of the Republic of Serbia*