

Godina XVI

2014.

Broj 1.

ISSN 1450-7986

UDK 34: 061.1(4)

REVIJA ZA EVROPSKO PRAVO

Periodični časopis Udruženja za evropsko pravo

Glavni i odgovorni urednik

prof. dr Radovan D. VUKADINOVIĆ

Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac

Izdavač

Udruženje za evropsko pravo
34000 Kragujevac

Redakcija

Miloš Baltić, Aleksandar Ćirić, Duško Lopandić, Miroslav Paunović, Vuk Radović, Maja Stanivuković, Mirko Vasiljević, Slobodan Samardžić, Radovan D. Vukadinović.

Međunarodna redakcija

Steven Blockmans (Holandija), Rajko Knez (Slovenija), Nevenko Misita (Bosna i Hercegovina), Vitomir Popović (Republika Srpska), Zoran Rašović (Crna Gora), Oliver Remien (Nemačka), Siniša Rodin (Hrvatska), Allan Tatham (Španija), Darko Samardžić (Nemačka), Takis Tridimas (Engleska).

Glavni i odgovorni urednik: Radovan D. Vukadinović
e-mail: radevuk@jura.kg.ac.rs

Zamenik glavnog urednika: Jelena Perović
Urednik: Jelena Vukadinović
Sekretar: Mirjana Glintić

Radovi podležu anonimnoj recenziji. Radovi svrstani u rubriku "članci" se tretiraju kao izvorni naučni radovi, a oni svrstani u rubriku "prilozi", kao stručni radovi.

Časopis izlazi periodično

Tiraž: 300

Štampa: Interprint, Kragujevac.

Predlog za citiranje: REP., XVI(2014)1. U elektronskom formatu Revija je dostupna na: <http://www.pravo.eu.org/revija-za-evropsko-pravo.html>

Izdavanje Revije finansijski pomogla Fondacija za otvoreno društvo, Beograd.

Na osnovu mišljenja Ministarstva za nauku i tehnologiju broj 413-00-435/99-01, od 13. 01. 2000. godine, Revija je oslobođena poreza.

REVIJA ZA EVROPSKO PRAVO

Periodični časopis Udruženja za evropsko pravo

Godina XVI

2014.

Broj 1.

SADRŽAJ

ČLANCI

Thomas Oppermann	Vodeći principi evropske integracije	5
Andreas Köhler	Međunarodne prinudne norme u Rim I Uredbi	17
Uroš Ćemalović	Tehničke mere zaštite autorskih prava u informacionom društvu – dometi EU Direktive 2001/29	31
Jovan Vujičić	Uticaj Evropske konvencije o ljudskim pravima na pravo Evropske unije kroz praksu sudova država članica i Evropskog suda pravde	49
Veljko Vlašković	Princip "najboljeg interesa deteta" u Povelji Evropske unije o osnovnim pravima	75
Vladimir Vukadinović	Kartelni sporazumi i ograničenja načela autonomije volje	89

PRILOZI

Selena Tomović	Merodavno pravo za delikt nelojalne konkurencije prema Rim II Uredbi	103
----------------	--	-----

REVIEW OF EUROPEAN LAW

Periodical Review of the Association for European Law

Volume XVI

2014

No. 1

CONTENTS

ARTICLES

Thomas Oppermann	Leitideen der europäischen Integration	5
Andreas Köhler	International zwingendes Recht in der Rom I-VO	17
Uroš Ćemalović	Technical Measures for Copyright Protection in the Information Society - Impact of the EU Directive 2001/29	31
Jovan Vujičić	The Impact of the European Convention on Human Rights on EU Law through the Practice of the Courts of the Member States and the European Court of Justice	49
Veljko Vlašković	"The best Interests of the Child" Principle in the European Charter of Fundamental Rights	75
Vladimir Vukadinović	Cartel Agreements and Limitations of the Principle of Party Autonomy	89

CONTRIBUTIONS

Selena Tomović	Applicable Law for Tort of Unfair Competition According to the Rome II Regulation	103
----------------	---	-----

ČLANCI - ARTICLES

Thomas Oppermann*

UDK 340.131(4-672EU)
str. 5-15.

LEITIDEEN DER EUROPÄISCHEN INTEGRATION*

Es mag unzeitgemäss erscheinen, heute über Leitideen der europäischen Integration zu sprechen – wenige Tage vor einem Verfahren in Karlsruhe, in dem es wieder einmal über die Grenzen geht, welche das Grundgesetz nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts europäischen Aktivitäten zur Rettung der Union in ihrer schwersten Krise setzt. Und doch: vielleicht ist auch jetzt eine Rückbesinnung auf einige Prinzipien sinnvoll, welche auch Deutschland seinerzeit mit der Ratifikation der Integrationsverträge gemeinsam mit seinen Partnern unterschrieben hat. Es entspricht der Europafreundlichkeit des Grundgesetzes, sie in die Auslegung der nationalen Verfassung einzubeziehen.

Wenn man in diesem Sinne über Leitideen der europäischen Integration sprechen will, bedarf es einer Auswahl. Ich möchte mich auf solche konzentrieren, die in den europäischen Verträgen benannt sind d.h. zu denen sich die EU-Staaten gemeinsam bekannt haben. Auch so gesehen wimmelt der hier maßgebliche Vertrag über die Europäische Union (EUV) in seiner Präambel und in den Art. 1-3 nur so von hehren Ideen, Werten, Zielen und Grundsätzen, denen sich die EU und ihre Mitglieder verpflichtet fühlen. Ihre Bedeutung liegt weniger in einer strengrechtlichen Verbindlichkeit als in einer Art allgemeinen

* Professor Dr. iur. Dres h.c., Tübingen.

* Beitrag zum Symposium Paul Kirchhof, Heidelberg 7. 8. 2013.

Appell an die Politik, in welcher Richtung sich der europäische Einigungsprozess entwickeln soll. Ich möchte aus diesem grossen Bukett mit Blick auf die heutige krisenhafte Lage der Union vier Topoi herausgreifen, die für die aktuelle Kursbestimmung von besonderer Bedeutung sind:

- Die Zielsetzung der Integration in Richtung "einer immer engeren Union der Völker Europas" (Präambel, Art. 1 Abs. 2 EUV, Präambel AEUV)
- Der Charakter der Europäischen Union als "Rechtsgemeinschaft"
- Die Förderung der "Solidarität zwischen den Völkern und den Mitgliedstaaten" (Präambel, Art. 2 und Art. 3 Abs. 2, UA 4 EUV)
- Das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 EUV)

Man sieht auf den ersten Blick, dass diese in den Verträgen niedergelegten Leitideen in der täglichen Praxis nicht fraglos praktiziert werden, sondern im politischen Streit stehen.

1. Eine immer engere Union der Völker Europas

Diese im EUV und AEUV mehrfach ausgesprochene Beteuerung ist die heutige offizielle Antwort auf die immer wieder gestellte Frage, was letztlich das Ziel sei, dem die jahrzehntelangen Bemühungen um die Einigung Europas entgegenstreben. Die Formulierung ist verhältnismässig offen, um die unterschiedlichen Positionen zu dieser "Gretchenfrage" der Integration aufzufangen. Es gab im Verfassungskonvent 2002/2003 und anschließend im Verfassungsvertrag und schließlich im Lissaboner Vertrag Kontroversen, ob eine solche positive Aussage zum Fortgang der europäischen Einigung überhaupt in den Vertrag aufgenommen werden sollte.

Die Frage nach der Finalität der europäischen Integration hat bereits eine jahrzehntelange Geschichte hinter sich. Es lohnt sich heute, kurz an ihre Windungen zu erinnern. Für die Väter des Einigungsprozesses nach dem zweiten Weltkrieg wie *Adenauer*, *de Gasperi* und *Schuman* stand ausser Frage, dass die ersten Gemeinschaften der fünfziger Jahre - EGKS und auch EWG - die "ersten Etappen einer europäischen Föderation" sein sollten, wie es in der historischen Schuman-Erklärung vom 9. Mai 1950 hiess. Der Weg zum Europäischen Bundesstaat schien über die sektoralen Teilintegrationen vorgezeichnet. *Walter Hallstein* verlieh ihm mit den ersten Auflagen seines Werkes "Der unvollendete Bundesstaat" literarischen Ausdruck. Es darf hier einmal festgehalten werden, dass in der Bundesrepublik damals - anders als heute! - kaum relevante verfassungsrechtliche Zweifel bestanden, dass das Grundgesetz mit seiner Präambel und Art. 24 das Aufgehen seiner Staatlichkeit in einer grösseren föderalen Einheit nicht nur zuließ, sondern nach dem Willen

der Bonner Verfassungsgeber geradezu als Vollendung der Verfassungsentwicklung ansah. Kein Verfassungsrechtler hat sich seinerzeit an dem *Hallsteinschen* Titel gestossen. Erst das maßgeblich von *Paul Kirchhof* beeinflusste Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts hat zu der heute vorherrschenden Interpretation geführt, wonach der Übergang zum Europäischen Bundesstaat einer vom Volk bestätigten Neufassung des Grundgesetzes nach Art. 146 bedarf. Aber wir lassen diese inzwischen utopisch gewordene Konstellation besser beiseite.

Die EWG-Krise 1965/66, in der sich die konföderative Konzeption *de Gaulles* von einem "Europa der Vaterländer" im wesentlichen bis heute durchgesetzt hat, bedeutete für die praktische Politik das Ende der bundesstaatlichen Blühträume. Hinzu trat bald darauf die Erweiterung, welche die Gemeinschaft und spätere Union von 1972 bis heute beispiellos von sechs auf 28 Mitglieder vergrößert hat. Es bedarf nur eines Blickes auf die Unterschiede in der "Europaphilosophie" sagen wir zwischen Großbritannien und Dänemark einerseits, Deutschland und Italien andererseits, um zu erkennen, dass der Europäische Bundesstaat zur Chimäre geworden ist, auch wenn die "Vereinigten Staaten von Europa" in der ideologischen Diskussion hier und da immer noch beschworen werden.

Für welche Vision steht dann heute die "immer engere Union der Völker Europas"? Interessanterweise lautet heute das am häufigsten zu vernehmende Stichwort, dass eine dauerhafte Überwindung der Krise nur mit "mehr Europa" möglich sei. Eine Formulierung also, die in ihrer Prozesshaftigkeit ganz in der Nähe der "immer engeren Union" liegt. Ähnlich ist auch davon die Rede, es bedürfe einer "wirklichen Wirtschafts- und Währungsunion". Die letzte Äusserung in dieser Richtung kam vor wenigen Tagen aus Frankreich, als Präsident *Hollande* die alte französische Forderung nach einer monatlich tagenden "Wirtschaftsregierung" der Eurozone mit Harmonisierung der Steuer- und Sozialgesetzgebung wieder aufgriff. Gemeinsam ist diesem "mehr Europa" - eigentlich "mehr Eurozone" - die Vorstellung einer Fiskalunion mit durchgreifenden Befugnissen auf Brüsseler Ebene zur Kontrolle der nationalen Haushalte und zu Eingriffen in die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten. Anders ausgedrückt wäre das zwar ein Minus gegenüber dem irrealen Europäischen Bundesstaat, aber doch eine Art partieller Föderation zur wirtschafts- und finanzpolitischen Abstützung der Währungsunion. Es geht hier nicht um die offenkundigen Schwierigkeiten zur Verwirklichung einer solchen "engeren Union" wie die Beschränkung der Vorschläge auf die Eurozone im Sinne einer Spaltung der Gesamt-Union oder ob ein solches "mehr Europa" in Deutschland die roten Linien des Bundesverfassungsgerichts zum Souveränitätsverzicht ohne Verfassungsänderung überschritte. Hier sei nur

festgehalten, dass die "immer engere Union" auch in der Euro-Krise eine zentrale Leitidee zur Fortentwicklung des Einigungsprozesses geblieben ist.

In abgeschwächtem Sinne mag dies auch für die wahrscheinlichere Alternative zu "mehr Europa" gelten, nämlich für die Fortsetzung der seit 2010 eingeschlagenen umstrittenen "Rettungspolitik" mit ihrem doppelten Aspekt der Hilfe für die angeschlagenen Krisenstaaten über den ESM-Fonds und die Härtung des Stabilitätspaktes in Verbindung mit der Auferlegung weitgehender Strukturänderungen ("Sparpolitik"). Auch hier geht es um verpflichtende Eingriffe in die nationale Finanz- und Wirtschaftspolitik der Krisenstaaten, gleichzeitig in der Erwartung eines ähnlichen Verhaltens aller Mitglieder der Eurozone. Sie erfolgen jedoch ohne Vertragsänderung aus dem Zwang der wirtschaftlichen Verhältnisse, im Sinne von Selbstverpflichtungen als Voraussetzungen für solidarische Hilfe der anderen Europartner. Ein Erfolg der Rettungspolitik würde ebenso "mehr Europa" im Sinne einer gleichförmigen Wirtschaftspolitik aus eigener Einsicht der Mitgliedstaaten bedeuten. Festzuhalten bleibt abschliessend, dass die Leitidee von der "immer engeren Union der Völker Europas" in einem grundlegenden Sinne auch in der Krise ihre Gültigkeit behalten hat. Sie ist heute freilich nicht mehr Ausdruck einer emotionalen Europabegeisterung, sondern spricht den Zwang an, dass die Zukunft der Union und ihrer Eurozone entschlossene Schritte nach vorne verlangt, wenn der Einigungsprozess nicht in Gefahr geraten soll.

2. Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft

Es ist heute bekannt und unbestritten, dass die Europäische Union weder Staat noch Internationale Organisation im Sinne des Völkerrechts ist, sondern ein Tertium als staatsnahe, aber gleichwohl nichtstaatliche intensive Integrationsgemeinschaft. Verschiedene Namen sind hierfür im Umlauf, die Alle mehr oder weniger Dasselbe meinen: Supranationale Gemeinschaft, Union oder mit der Prägung *Paul Kirchhofs* Staatenverbund. *Walter Hallstein* hat für den Charakter dieser Vereinigung als Erster schon 1962 in einer Rede den Terminus "Rechtsgemeinschaft" geprägt. Er hat sich inzwischen fest eingebürgert. "Rechtsgemeinschaft" verweist auf den entscheidenden Umstand, dass die Europäische Union anders als ein Staat nicht über souveräne Allgewalt mit den dazugehörigen Erzwingungsmöglichkeiten (Militär, Polizei, justizielle Durchsetzung) verfügt, sondern durch rechtlich verbindliche Verpflichtungen entstanden ist und sich mittels Erlass von allseits akzeptierten und zu befolgenden Rechtsnormen fortentwickelt. Die Union ist als Geschöpf ihrer staatlichen Mitglieder entstanden. Ihre Befugnisse sind durch die Gründungsverträge ausgestaltet und gleichzeitig begrenzt worden. Gerne wird in diesem Zusammenhang davon gesprochen, dass die Mitgliedstaaten die "Herren" der Integrationsverträge sind. Das soll eine Art souveräner Allgewalt

der Mitgliedstaaten über das Schicksal der EU andeuten. Dabei wird leicht übersehen, dass "Rechtsgemeinschaft" in beide Richtungen Wirkungen entfaltet. So wie die Mitglieder von der Union Rechtstreue erwarten, darf die EU ihrerseits davon ausgehen, dass die Staaten und die anderen Rechtssubjekte das Recht beachten, welches sie der Union verliehen haben, einschließlich der Möglichkeiten, den Geltungskreis der Europannormen zu erweitern. *Ulrich Everling* hat hierzu treffend formuliert, dass die Mitgliedstaaten in diesen Zusammenhängen nicht nur Herren, sondern auch Diener der Gemeinschaft sind.

In der Krise der Union wird ihr Charakter als Rechtsgemeinschaft auf harte Proben gestellt. Teilweise gab es bereits früher einen laxen Umgang mit dem geschriebenen Europarecht, sei es 1998 bei der Aufnahme Italiens und Belgiens in die Währungsunion entgegen den Verschuldungskriterien, sei es 2002 ff. beim Umgang Deutschlands und Frankreichs mit dem Stabilitätspakt. Jüngst ist vielfach gerügt worden, dass das Grundkonzept der Währungsunion bei der ersten Griechenlandhilfe der Union und ihrer Mitgliedstaaten im Mai 2010 und anschliessend im Falle Portugals und Irlands verletzt wurde, dass nämlich jedes Mitglied für die Ordnung seiner Finanzen einschließlich der Bedienung der Schulden verantwortlich ist (sog. No Bail-out-Prinzip des Art. 125 AEUV). Andere Stimmen hielten allerdings die Errichtung der ersten "Rettungsschirme" in der plötzlich zugespitzten Finanzlage der drei Peripheriestaaten als Notlösung für gerade noch tragbar. Die Möglichkeit der Einrichtung solcher "Stabilitätsmechanismen" ist inzwischen für die Zukunft durch die Einfügung des neuen Art. 136 Abs. 3 AEUV unter bestimmten Bedingungen geschaffen worden. Die Voraussetzungen dieses Artikels, dass zur Praktizierung des Stabilitätsmechanismus in Gestalt des inzwischen abgeschlossenen ESM-Vertrages die Wahrung der Stabilität des Euro-Währungsgebietes insgesamt "unabdingbar" sein muss, wird allerdings in der Praxis grosszügig ausgelegt. Das hat jüngst die Hilfe für den kleinen Inselstaat Zypern in diesem Jahre gezeigt.

Ein anderer Tatbestand, bei dem gravierende Zweifel an der Einhaltung geltenden europäischen Rechts geäussert werden, betrifft die Käufe von Anleihen finanziell bedrohter Euro-Staaten auf dem Sekundärmarkt durch die Europäische Zentralbank. Auch dieser "Sündenfall" ereignete sich schon unmittelbar zu Beginn der Griechenlandkrise im Mai 2010 aufgrund einer Initiative des damaligen EZB-Präsidenten *Trichet*. Er blieb damals seitens der Mitgliedstaaten unwidersprochen. Die EZB hat seither über € 200 Milliarden solcher Anleihen in ihr Portfolio genommen. Der jetzige Präsident *Draghi* hat sich darüber hinaus in einer vielbeachteten Rede in London auch für die Zukunft zu solchen Anleihekäufen bekannt, falls sie zur Beruhigung der Märkte notwendig würden. Der bisherige Erfolg dieser Ankündigung kann das rechtliche Problem

nicht überdecken, ob sich die EZB mit den Ankäufen nicht ausserhalb ihres Mandats zur Wahrung der Preisstabilität bewegt. Auch hier stehen sich bis heute die juristischen Standpunkte etwa zwischen Bundesbank und EZB unausgetragen gegenüber.

Hier soll an diesen Kontroversen lediglich interessieren, dass die Finanzkrise seit 2010 Schatten auf das Leitbild der Union als Rechtsgemeinschaft geworfen hat. Aus überstaatlich-vergleichender Sicht bleibt dabei freilich zu bedenken, dass Stellenwert und Funktion des Rechts als Solches in Europa gemäss nationalen Mentalitäten unterschiedlich gewichtet wird. Wo, wie in Frankreich das Recht in der Praxis oftmals als ein besonderer Ausdruck der Politik gesehen wird, mag es leichter fallen und nicht als Verletzung angesehen werden, in Ausnahmesituationen zur Existenzsicherung sich zeitweilig neuen Ad hoc geschaffenen Regeln zu unterwerfen. In Deutschland sehen wir aufgrund leidvoller Erfahrungen der jüngeren Vergangenheit in wichtigen Fragen eher eine "Majestät des Rechts", die nach strikter Befolgung einmal erlassener Normen verlangt. Ungeachtet solcher Differenzen gibt es mit Sicherheit ein Mindestmaß an normativer Geltungskraft, welches das Europarecht wie andere juristische Bereiche aufweisen muss, wenn es als Recht wahrgenommen werden soll. *Paul Kirchhof* hat in diesem Zusammenhang überzeugend von der Notwendigkeit einer "Rückkehr zum Recht" als Vorbedingung durchgreifender Überwindung der EU-Krise gesprochen – eine seiner genialen Wortprägungen, die sofort Eingang in die öffentliche Diskussion gefunden hat.

Nur noch ein Wort zu einem anderen wichtigen Aspekt der Union als Rechtsgemeinschaft. Sie ist dies nicht nur in ihren zentralen vertraglichen ("verfassungsmäßigen") Ausprägungen, sondern ebenso in Gestalt des sekundären Europarechts. Dieses ergiesst sich seit Jahrzehnten wie ein ständiger Mahlstrom von Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen und anderen Ausprägungen aus Brüssel in die nationalen Rechtsräume. Auch dieses Europarecht soll von Schottland bis Malta einheitlich befolgt werden. Ergeben sich auch aus dieser öfters gezeisselten "Regulierungswut" der Union Gefahren für die Stabilität der Rechtsgemeinschaft? Ich darf darauf bei der Behandlung der Subsidiarität zurückkommen.

Fazit bleibt, dass der Charakter der Union als Rechtsgemeinschaft unabdingbarer Bestandteil ihres Wesens ist. Sie muss entgegen allen Gefährdungen aufrechterhalten werden, wenn nicht die Existenz der EU aufs Spiel gesetzt werden soll.

3. Solidarität

In der gegenwärtigen Lage der Union wird von notleidender Seite an die intakteren Mitglieder oftmals appelliert, dass es dem inhärenten Prinzip der

Solidarität zwischen ihren Gliedern entspreche, dass die Stärkeren den Schwächeren zu Hilfe kommen. Da hieraus konkrete Schlussfolgerungen gezogen werden, beispielsweise die Ausgabe gemeinsam verantworteter Schuldtitel ("Eurobonds") als zwingender Ausdruck von Solidarität, erscheint es angebracht zu untersuchen, ob und in welcher Weise der Solidaritätsgedanke zu den zentralen Leitideen der Gemeinschaft gehört und wie er gegebenenfalls zu verstehen ist.

Es wurde bereits erwähnt, dass Solidarität einen prominenten Platz unter den Werten und Zielen der Union einnimmt. Förderung der Solidarität wird in der Präambel des EUV sowie in Art. 2 und Art. 3 Abs. 2, UA 4 EUV als Ziel und Wert der EU benannt. Dies kann in einer Gemeinschaft gar nicht anders sein, die sich das Wohlergehen der Mitglieder in dem bundesstaatsähnlichen Sinne einer allmählichen Angleichung der wirtschaftlichen Lebensverhältnisse auf ihre Fahnen geschrieben hat. Dem Solidargedanken dienen zahlreiche in den Verträgen vorgesehene Einzelmaßnahmen, an der Spitze die Einrichtung der drei "Sozialen Fonds" (Regionalfonds, Sozialfonds, Kohäsionsfonds). Eine andere Frage ist es jedoch, ob sich über solche in den Verträgen explizit niedergelegten Solidarmassnahmen hinaus aus dem in Art. 2 und 3 niedergelegten Prinzip der Solidarität weitere unmittelbare Schlüsse auf die Notwendigkeit bestimmter Maßnahmen in bestimmten Situationen ziehen lassen. Davon kann nicht gesprochen werden. Solidarität ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der für das Handeln der Union und ihrer Mitglieder in den Verträgen ein allgemeines Ziel setzt, welches durch politisches Handeln in einer nicht von vornherein festgelegten Weise konkretisiert werden muss. Gerade die gegenwärtige Krise zeigt, dass solidarisches Handeln nicht nach einem ganz bestimmten Vorgehen verlangt, sondern auf unterschiedliche Weise möglich ist. Auch und gerade die sogenannte "Rettungspolitik" stellt sich ungeachtet aller möglichen Schwierigkeiten und Kritik geradezu als ein Musterfall solidarischen Engagements der wirtschaftlich besser gestellten Mitgliedstaaten gegenüber den Krisenländern dar. Mit den hunderte von Milliarden Euro Verbürgungen der "Rettungsschirme" nehmen die solventen Mitglieder der Union erhebliche Risiken auf sich, um die angeschlagenen Euro-Staaten vor der drohenden Insolvenz zu bewahren. Der neue Art. 136 Abs.3.AEUV, der in Abweichung vom No Bail-out-Prinzip zugunsten der Stabilität des Euro-Währungsgebietes die Einrichtung eines Stabilitätsmechanismus ermöglicht, kann als primärrechtliche Ausformung der Solidarität bezeichnet werden. Die Tatsache, dass die Geberstaaten als Gegenleistung für ihre Hilfen auf Reformen in den Krisenländern bestehen, welche diese mittelfristig wieder auf eigene Füße stellen sollen, widerspricht dem nicht. Dies kann seinerseits als solidarische Bereitschaft der Empfängerländer verstanden werden, die gewährte Hilfe zu rechtfertigen und zum erstrebten Erfolg zu führen. Solidarität ist keine

Einbahnstrasse, sondern setzt die beiderseitige Bereitschaft voraus, für einander einzustehen.

Natürlich wäre die "Rettungspolitik" nicht der einzig denkbare Weg gewesen, die Krise durch solidarisches Handeln zu überwinden. Im Falle Griechenlands wurde anfänglich eine auf den ersten Blick brutale Insolvenz Athens diskutiert, bei der vor allem die in- und ausländischen Gläubiger der Staatsanleihen die Zeche zu zahlen gehabt hätten. Griechenland wäre auf "bereinigter Basis" in der Eurozone verblieben und hätte einen neuen Start vornehmen können. Man hätte auch die Opferung der Staatsanleihen als Ausdruck einer Solidarität der in- und ausländischen Gläubiger mit Griechenland ansehen können.

Auch wenn das Solidaritätsprinzip somit als eine grundsätzliche Zielsetzung zu begreifen ist, die in unterschiedlicher Weise verwirklicht werden kann, ist seine Verankerung im Vertrag bedeutungsvoll, ja zwingend. Im Solidaritätsgedanken spiegelt sich etwas vom Wesen der Europäischen Union. Die EU soll nicht eine beliebige völkerrechtliche Verbindung sein, die je nach Opportunität fortgesetzt oder beendet werden darf. Die "immer engere" Union zielt auf einen zeitlich unbegrenzten Zusammenschluss, der unbeschadet eines Austrittsrechtes auf Dauer angelegt ist (Art. 53 EUV). Die Staaten und Völker Europas haben sich aus der Einsicht definitiv zusammengeschlossen, Fehler der Vergangenheit nicht zu wiederholen und eine Einheit zu schaffen, die in der heutigen globalisierten Welt eine aktive Rolle zu spielen vermag. Das ist nur möglich, wenn die Union im Falle gravierender innerer Probleme und Krisen nicht auseinanderbricht, sondern die Mitglieder zu ihrer Überwindung für einander eintreten, d.h. mit anderen Worten Solidarität üben.

4. Subsidiarität

Als Letztes zum Subsidiaritätsprinzip. Es ist erst spät Anfang der neunziger Jahre mit dem Maastrichtvertrag als weitere Leitidee in die Grundordnung der Union aufgenommen worden. Damit ist es jedoch nicht von minderm Wert als die bisher Genannten. Im Gegenteil.

Aufgrund der bisherigen Erfahrungen kann man die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips als eine besonders wichtige Voraussetzung für die Akzeptanz des europäischen Zusammenschlusses durch die Bürger der Mitgliedstaaten betrachten. Alle Rettungsmassnahmen in der Krise müssen letztlich erfolglos bleiben, wenn die Union nicht auf Dauer von ihren Bürgern als eine sinnvolle politische Einrichtung angesehen und von ihnen getragen wird. Damit steht es bekanntlich nicht zum Besten. Nach allen EU-weiten Umfragen hat die ursprüngliche Europabegeisterung und spätere vernunftgemässe Bejahung des europäischen Einigungsprozesses in den Jahren der Krise zunehmender Euroskepsis Platz gemacht - nicht nur in den traditionell der

Integration zurückhaltend gegenüber stehenden Staaten wie Grossbritannien, sondern mehr und mehr auch in Kernländern der EU wie Frankreich und Deutschland.

In den Krisenstaaten des Südens wendet sich die Bevölkerung von einer Union ab, welche die "Rettung" ihres Landes als Lohnverzicht und Verlust des Arbeitsplatzes erlebt. In Deutschland verfolgen die Bürger mit zunehmender Sorge eine Krisenpolitik, welche die Sparzinsen unter die Inflationsgrenze gedrückt hat und immer stärkere Zweifel an die Rückzahlung der Milliardenkredite an Griechenland und die anderen Peripherieländer aufkommen läßt. Die kürzlich geglückte Gründung einer "Anti-Euro-Partei" bei uns war hierfür Warnruf.

Die Entfremdung gegenüber der Union hat zunächst diese handfesten Gründe. Sie findet aber darüber hinaus seit langem Nahrung aus der mangelnden Beachtung des Subsidiaritätsprinzips durch die Brüsseler Institutionen. Nach Art. 5 EUV soll die Union in Bereichen ausserhalb ihrer ausschließlichen Zuständigkeit - das ist die große Mehrzahl ihrer Kompetenzen - nur tätig werden, wenn die Ziele der in Betracht gezogenen Massnahmen auf nationaler Ebene, einschließlich ihrer regionalen und lokalen Ausläufer, nicht ausreichend verwirklicht werden können. Sie müssen mit anderen Worten auf europäischer Ebene besser aufgehoben sein.

Wie sieht demgegenüber die Wirklichkeit aus? Es wurde bereits gesagt, dass die EU-Rechtsgemeinschaft nur zum geringen Teil aus den grundsätzlichen verfassungsähnlichen Normen der Integrationsverträge besteht, sondern sich als täglich wachsendes Konvolut der europäischen Gesetzgebung in Gestalt von Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen und weiteren Rechtsakten darstellt. Das Amtsblatt der Union füllt Jahr für Jahr mehrere Bände. Man muss es deutlich sagen: noch niemals ist an diesen in liebenswürdiger Wortprägung "gemeinschaftlicher Besitzstand" genannten Normenberg ernsthaft die Sonde der Subsidiarität angelegt worden. Bis in die achtziger Jahre wurde die Gemeinschaftsgesetzgebung kaum als Problem empfunden, da es zunächst darum ging, die grundlegenden Normen für die Errichtung des Gemeinsamen Marktes und für die Aussenbeziehungen zu legen, um Zollunion, wettbewerblichen Binnenmarkt einschließlich Gemeinsamer Agrarpolitik, Handelspolitik und manches Andere aufzubauen, das in den Verträgen programmatisch angelegt war. Dieses Werk ist längst getan. Seitdem arbeitet die Brüsseler Normenproduktion an einer immer weiter gehenden Verfeinerung jener Grundsatzgesetzgebung. Meist wird anstelle der unkomplizierten gegenseitigen Anerkennung nationaler Regelungen ihre inhaltliche Harmonisierung gewählt, was nicht ohne umfängliche Regelungen abgeht. Die Festlegung des Krümmungswinkels der exportfähigen Gurken ist das am

meisten liebsten zitierte, noch ziemlich harmlose Beispiel. Bei Abschluss des Maastrichtvertrages wurde die Regulierungswut erstmals von britischer Seite als Problem angesprochen und das Subsidiaritätsprinzip in den Vertrag aufgenommen. Nachdem sich die dortige Formulierung als unzureichend erwies, wurde die Subsidiarität im Verfassungskonvent 2002-2003 maßgeblich auf Betreiben von MP *Erwin Teufel* ausgebaut und mit Art. 5 sowie dem Subsidiaritätsprotokoll theoretisch perfekt gestaltet. Die Verpflichtung, sich auf europäisch notwendige Gesetzgebung zu beschränken, wird hier unmissverständlich ausgesprochen und ebenso Möglichkeiten der Kontrolle über die nationalen Parlamente der Mitgliedstaaten und über den Gerichtshof. Gleichwohl wird auch unter dem Lissabonvertrag weiter übermäßig reguliert. Nur zwei jüngste Beispiele: Ist es wirklich europäisch zwingend, mittels EU-Umweltnormen Maßstäbe für schonende Flugschneisen des neuen Berliner Flughafens festzulegen? Oder mittels einer Richtlinie Regeln für die Vergabe von Konzessionen kommunaler Dienstleistungen aufzustellen? Über die Jahre gibt es Hunderte von Beispielen für ähnlich überambitionierte Projekte. Der lobenswerte Verzicht der Kommission auf das geplante Verbot, Kännchen mit offenem Olivenöl in Gaststätten aufzustellen, war kürzlich einer der wenigen bescheidenen Erfolge der Subsidiaritätspolitik. Woraus erklärt sich ihr Scheitern ungeachtet des zur Verfügung stehenden Instrumentariums? Zu selten wird in diesem Zusammenhang auf das Vorschlagsmonopol der EU-Kommission für die meiste europäische Gesetzgebung hingewiesen. Eine, wenn nicht die vorrangige Aufgabe besteht in der Vorbereitung der Verordnungen und Richtlinien. Hiermit wird ein Großteil der mittlerweile ca. 40.000 Kommissionsbediensteten beschäftigt. Nachdem die Arbeit an den Grundlagen beendet ist, verwundert es nicht, wenn aus dieser Megabürokratie immer neue Gedanken und Vorschläge zur Vertiefung des Normenbestandes kommen. Wahrscheinlich ist zu viel verlangt, von diesen Europabeamten den eigentlich nötigen "Subsidiaritätsgeist" zu erwarten und damit die eigene Existenzberechtigung in Frage zu stellen. Die Prüfung und gegebenenfalls Verwerfung der Kommissionsvorschläge aus Subsidiaritätsgründen scheidet anschliessend regelmässig an den notwendig komplizierten Voraussetzungen des Subsidiaritätsprotokolls für das Einschreiten von 28 nationalen Verwaltungen und Parlamenten. Öfters werden aber auch von Brüssel Regelungen erlassen, die auf nationale Lobbyarbeit zurückgehen und bei den nationalen Instanzen auf Sympathie stossen. Manchmal möchte man sich neben der von *Edmund Stoiber* geleiteten Kommission zum Bürokratieabbau eine weitere zu Vorschlägen für möglichen Normenabbau wünschen.

Wie auch immer: die immens gewachsene EU-Regulierung hat wie kaum etwas Anderes zur fortschreitenden Entfremdung zwischen den Bürgern und "Brüssel" beigetragen. Gesetze, die nicht nötig erscheinen und dazu noch von einer nicht von ihnen selbst sondern fremd bestimmten Instanz erlassen werden, verfinstern

das früher freundliche und bejahte Bild der europäischen Einigung in den Köpfen und Herzen. Die Missachtung des Subsidiaritätsprinzips als Leitidee der Integration könnte zusammen mit den Folgen der Krise der europäischen Einigung ernsthaften Schaden zufügen. Mit der "immer engeren Union", um noch einmal auf sie zurück zu kommen, ist nicht eine immer perfektere und dichtere Rechtsgemeinschaft gemeint, sondern ein Zusammenschluss, der sich auf die wahrhaft europäischen Aufgaben eines offenen Binnenmarktes mit freier Bewegung der Personen und Waren sowie einer Achtung der grundlegenden politischen Werte wie Demokratie und Grundrechte konzentriert, ebenso auch auf gemeinsames Handeln nach Aussen, um dem demographisch schrumpfenden Europa seinen Platz unter den heute maßgeblichen Akteuren der globalisierten Weltpolitik zu sichern. Dies kann aber nur auf Dauer gelingen, wenn die Leitideen der Integration einschliesslich der Subsidiarität nicht nur auf dem Papier der Verträge stehen bleiben, sondern Gemeingut in der täglichen Praxis der Europapolitik bleiben.

Dr. Andreas Köhler*

UDK 347.7:341.9(4-672EU)
str. 17-29.

INTERNATIONAL ZWINGENDES RECHT IN DER ROM I-VO*

A. EINLEITUNG

Das Thema handelt von der zivilrechtlichen Seite des sogenannten Internationalen Wirtschaftsrechts. Es geht der Frage nach, ob und wann wir ausländische Eingriffsnormen bei der Beurteilung eines Sachverhaltes mit Auslandsbezug im Rahmen der Rom I-VO – also das nunmehr EU-weit vereinheitlichte Internationale Vertragsrecht – zur Anwendung bringen müssen. Eingriffsnormen – das sind solche Bestimmungen, die dem überwiegenden öffentlichen Interesse des Erlassstaates dienen, jedoch zivilrechtliche Rechtsfolgen anordnen, also beispielsweise kartellrechtliche, ein- und ausfuhrrechtliche, devisenrechtliche oder auch kulturgüterschutzrechtliche Normen, die zur Vertragsnichtigkeit führen.¹

Während die Anwendung *inländischer* Eingriffsnormen (Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO) jedenfalls dann allgemein anerkannt ist, wenn ein hinreichender Inlandsbezug vorliegt, bestehen seit jeher grundsätzliche Bedenken gegenüber der Anwendung ausländischer Eingriffsnormen, gerade weil sie *ausländischen* öffentlichen Interessen Rechnung tragen und nicht unseren eigenen. Müssen wir solche Normen bei der Beurteilung eines Sachverhaltes mit Auslandsbezug überhaupt

* Universität Passau.

* Vortrag gehalten am 1. 4. 2014 an der Juristischen Fakultät der Universität Kragujevac.

¹ Zur dogmatischen Verortung der Eingriffsnormenproblematik vgl. Köhler, *Eingriffsnormen – Der "unfertige Teil" des europäischen IPR*, 2013, S. 5-102.

berücksichtigen? In der Beantwortung dieser Frage versucht sich mit Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO nun erstmalig eine in fast allen europäischen Mitgliedstaaten unmittelbar geltende Regelung, jedoch leider nur zaghaft und wenig klar.²

B. REGELUNGSGEHALT DES ART. 9 ABS. 3 ROM I-VO

Nehmen wir zur Verdeutlichung der Problematik zunächst einen leicht *abgewandelten* Beispielfall aus der neueren Rechtsprechung des *Österreichischen Gerichtshofs*.³

Eine Unternehmerin aus Passau schloss mit einem Kunsthändler aus Linz einen Kaufvertrag über ein ca. 2.000 Jahre altes Keramikmodell mit der Bezeichnung "Großer Wagen mit Pferd". Da sich die Keramik zu diesem Zeitpunkt noch in China befand, veranlasste der Kunsthändler die Lieferung aus China direkt nach Passau. Danach verlangt er Zahlung des vereinbarten Kaufpreises. Die Passauerin hingegen weigert sich; sie verweist darauf, dass die Ausfuhr der Keramik gegen ein chinesisches Kulturgüterschutzgesetz verstoßen habe und der Vertrag daher nichtig sei.

Lösen wir den Fall unter Zugrundelegung der aktuellen Rechtslage, so unterliegt die rechtliche Beurteilung des in Frage stehenden Zahlungsanspruchs grundsätzlich österreichischem Recht als Vertragsstatut. Da dieses jedoch speziell die *Ausfuhr* chinesischer Kulturgüter aus China nicht regelt, kommt es darauf an, ob wir das chinesische Verbotsgesetz beachten müssen. Diese Frage versucht nunmehr Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO zu beantworten. Nach dieser Bestimmung kann "den Eingriffsnormen des Staates, in dem die durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen erfüllt werden sollen oder erfüllt worden sind, [...] Wirkung verliehen werden, soweit diese Eingriffsnormen die Erfüllung des Vertrags unrechtmäßig werden lassen. Bei der Entscheidung, ob diesen Eingriffsnormen Wirkung zu verleihen ist, werden Art und Zweck dieser Normen sowie die Folgen berücksichtigt, die sich aus ihrer Anwendung oder Nichtanwendung ergeben würden."

Diese Bestimmung stellt den Rechtsanwender jedoch vor gewisse Schwierigkeiten. Zwar lässt sich das zur Vertragsnichtigkeit führende

² Vgl. zum Folgenden Köhler (Fn. 1), S. 167-320; *ders.*, Die Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen im Europäischen Internationalen Vertragsrecht, in: Binder/Eichel (Hrsg.), *Internationale Dimensionen des Wirtschaftsrechts*, 2013, S. 199-222.

³ OGH v. 30.06.2010 – 9 Ob 76/09f.

chinesische Ausfuhrverbot relativ unproblematisch als *Eingriffsnorm* qualifizieren, die den Vertrag *unrechtmäßig* werden lässt, doch treten die ersten Probleme bereits bei der Frage auf, ob der vom Tatbestand des Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO vorausgesetzte Erfüllungsort überhaupt in China liegt – denn die Ware wurde ja in Deutschland übergeben. Überwinden könnte man dies noch mit einer weiten Auslegung des Erfüllungsortes, nämlich dahingehend, dass hierunter jeder Ort zu verstehen ist, der mit der Erfüllungshandlung in Kontakt kommt.⁴ Aber spätestens bei der entscheidenden Frage, ob man denn nun der in Rede stehenden Bestimmung Wirkung verleihen soll oder nicht, verweigert Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO eine klare Antwort und stellt diese in das Ermessen des Richters. Damit erscheint Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO jedenfalls bei erster Betrachtung als "Leerformel", deren Bedeutungsgehalt im Folgenden zu erschließen sein wird.

I. "Wirkungsverleihung": kollisionsrechtliche Anwendungsentscheidung oder sachrechtliche Berücksichtigung?

Hierfür müssen wir zunächst klären, was unter dem ebenfalls unklaren Begriff einer "Wirkungsverleihung" zu verstehen ist. Soll hier überhaupt eine "echte" kollisionsrechtliche *Anwendungsentscheidung* getroffen werden? Oder stellt diese Formulierung eine Konzession an den bislang insbesondere vom *BGH* vertretenen materiellrechtlichen Lösungsansatz dar, nach welchem ausländische Eingriffsnormen ausschließlich im Rahmen des anwendbaren Sachrechts zu berücksichtigen sind – dies etwa im Rahmen der Sittenwidrigkeitsklausel, aber auch im Rahmen des Leistungsstörungsrechts.⁵ Die Beantwortung dieser Frage ist grundlegend, denn wenn die Problematik *sachrechtlich* zu verorten ist,⁶ entzieht sie sich jedenfalls bei konsequenter Betrachtung dem Anwendungsbereich des europäischen Kollisionsrechts. Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO könnte dann allenfalls deklaratorische Bedeutung zugesprochen werden.

⁴ Wie der Erfüllungsort im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO zu bestimmen ist, ist höchst streitig. In Betracht kommt der rechtliche Erfüllungsort (der sich nach dem Vertragsstatut bestimmt), die Übernahme des prozessualen Erfüllungsortsbegriffs i.S.v. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO oder auch – wie hier vorgeschlagen – eine autonome kollisionsrechtliche Erfüllungsortbestimmung – vgl. hierzu Köhler (Fn. 1), S. 215-230.

⁵ Ausführlicher Überblick über die bisherige Rechtsprechung etwa bei Kreuzer, *Ausländisches Wirtschaftsrecht*, 1986, S. 13-54; Busse, *ZVglRWiss* 95 (1996), 386, 402-409.

⁶ In diesem Sinne etwa von Bar/Mankowski, *Internationales Privatrecht – Allgemeine Lehren* (Band 1), 2. Auflage 2003, § 4 Rn. 127-129; Baum, *RebelsZ* 53 (1989), 152, 155; Siehr, *RebelsZ* 52 (1988), 41, 78 f.

1. Sachrechtliche "Berücksichtigung"

Ein dahingehender Schluss wäre jedoch verfehlt. Denn rein *sachrechtlich* verorten lässt sich die Eingriffsnormenproblematik alleine dann, wenn es um die *faktischen Auswirkungen* ausländischer Rechtssätze geht. So mag ein Schuldner die geschuldete Leistung beispielsweise deswegen nicht mehr erbringen wollen, weil die Ausfuhr des Leistungsgegenstandes aus dem Belegenheitsstaat verboten ist und bei einer Umgehung dieses Verbotes staatliche Sanktionen drohen, etwa eine strafrechtliche Verfolgung. Insoweit obliegt es in der Tat dem anwendbaren Sachrecht, diese faktische Zwangslage rechtlich zu würdigen und ggf. ein tatsächliches Leistungshindernis zu bejahen, das zur Unmöglichkeit führt. Methodisch handelt es sich hierbei alleine um das Problemfeld des *Auslandssachverhaltes*, das nicht das europäische IPR, sondern das jeweils anwendbare Sachrecht zu lösen hat.

Neben diesen klaren Fällen einer sachrechtlichen Berücksichtigung entschied der BGH jedoch ebenfalls, dass ein Vertrag auch dann sittenwidrig sein kann, wenn die geschuldete Leistung etwa gegen ein ausländisches Kulturgüterschutzgesetz⁷ oder gegen ein ausländisches Strafgesetz⁸ verstößt. Der Unterschied zu der bereits genannten Fallgruppe liegt darin, dass hier nicht faktische, also tatsächliche Umstände die Sittenwidrigkeit begründeten, sondern schlicht die Tatsache, dass die geschuldete Handlung gegen ein ausländisches Verbotsgesetz verstoßen hat. Damit geht es in dieser Fallgruppe nicht mehr um die Berücksichtigung tatsächlicher Wirkungen ausländischer Rechtssätze, sondern vielmehr um deren *normative* Berücksichtigung.

Ein dahingehender Ansatz, der die Eingriffsnormenproblematik jedenfalls formal in das Sachrecht verlegt, verschleiert jedoch das eigentliche funktionale Vorgehen. Denn sobald auf den konkreten Regelungsgehalt einer existierenden ausländischen Bestimmung abgestellt wird, liegt denknotwendig eine kollisionsrechtliche Auswahlentscheidung zugunsten dieses Rechtssatzes vor, weil wir eben diesen und nicht einen anderen inhaltlich konkurrierenden Rechtssatz eines weiteren Staates "berücksichtigen".⁹ Die Erwägungen, die dieser Auswahlentscheidung zugrunde liegen, sind damit spezifisch kollisionsrechtlicher Natur, so dass die normative Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen jedenfalls funktional kollisionsrechtlich zu verorten ist. Insoweit

⁷ BGH NJW 1972, 1575.

⁸ BGH NJW 1985, 2405.

⁹ Schurig, RabelsZ 54 (1990), 217, 242.

läuft der materiellrechtliche Lösungsansatz also schlicht "dogmatisch unsauber unter falscher Etikette".¹⁰

Damit lässt sich festhalten: Sachrechtlich verorten lässt sich die Eingriffsnormenproblematik alleine dann, wenn es um die Berücksichtigung faktischer Wirkungen ausländischer Normen geht. Sobald jedoch – wie in dem einleitenden Beispielfall – die Frage zu beantworten ist, ob auf den konkreten Regelungsgehalt einer ausländischen Bestimmung abzustellen ist, bedarf es einer kollisionsrechtlichen Anwendungsentscheidung. Diese zu treffen, ist nunmehr Aufgabe von Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO. Wirkungsverleihung meint damit eine echte kollisionsrechtliche Normanwendung.

2. Normbildung modo legislatoris

Diese Erkenntnis ist entscheidend. Denn wenn es im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO um die Ausbildung eines originären kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehls *europäischer* Herkunft¹¹ geht, handelt es sich bei dieser Norm um eine *unfertige Generalklausel*, die im Wege systemkonformer – und auch vom *EuGH* überprüfbarer¹² – Rechtsfortbildung zu konkretisieren ist. Damit ist die weitere Prüfungsreihenfolge vorgezeichnet.

a. Regelungslücke im kollisionsrechtlichen System

Voraussetzung jeglicher Rechtsfortbildung bildet zunächst eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke. Eine solche liegt für den Bereich der Eingriffsnormen vor, da diese Problematik zwar einerseits mit Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO innerhalb des regulativen Anwendungsbereichs der Rom I-VO verortet wurde, die dort geregelten vertraglichen Kollisionsnormen andererseits jedoch solche Bestimmungen nicht zum Gegenstand haben. Gelegentlich wird dies anders gesehen: Nach der *Schuldstatutstheorie* berufen die herkömmlichen Kollisionsnormen nicht nur Bestimmungen, die der Gerechtigkeit *inter partes* verpflichtet sind, sondern gerade auch solche, die dem überwiegenden öffentlichen Interesse des Erlassstaates dienen.¹³ Das ist – jedenfalls in dieser

¹⁰ Hentzen, *RIW* 1988, 508, 509.

¹¹ Hierzu Köhler (Fn. 1), S. 187-189.

¹² Hierzu Köhler (Fn. 1), S. 321-328.

¹³ Ein solcher Ansatz wurde unter der alten Rechtslage insbesondere von Mann, *RabelsZ* 21 (1956), 1, 3, *ders.*, in: *FS Wahl* 1973, S. 139, 146, 151, 160 vertreten. Unter der neuen Rechtslage befürwortend etwa: Lando/Nielsen, *CMLRev.* 45 (2008), 1687, 1719; Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2011, Art. 9 Rom I-VO Rn. 133-137; *ders.*, *IPRax* 2010, 27, 42.

Pauschalität – indes nicht zutreffend.¹⁴ Denn die vertraglichen Kollisionsnormen tragen alleine kollisionsrechtlichen Parteiinteressen Rechnung und erfassen deswegen alleine Bestimmungen, die solche kollisionsrechtliche Interessen implizieren. Dies ist bei Normen, die der Gerechtigkeit *inter partes* dienen, der Fall, nicht jedoch bei den hier interessierenden Eingriffsnormen, da solche Bestimmungen aufgrund ihrer materiellen Struktur ganz andere – nämlich gemeinwohlbezogene – Anwendungsinteressen ("Gemeininteressen") auf den Plan rufen. Typische Eingriffsnormen können daher nicht erfolgreich unter die kodifizierten vertraglichen Kollisionsnormen qualifiziert werden, so dass deren räumlicher Anwendungsbereich auch nicht von diesen Kollisionsnormen festgelegt wird. Somit besteht a priori eine *interne* Regelungslücke im Rahmen der Rom I-VO.

b. Kollisionsrechtliche Methode

Wie ist diese Regelungslücke aber auszufüllen? Hier stellt sich zunächst ein methodisches Problem – das erste Hauptproblem der Eingriffsnormenproblematik –, denn bislang ist eine allgemein anerkannte systematische und methodische Verortung dieser Problematik nicht gelungen. Dieser Streit, der Auswirkung auf die Anknüpfungsmethode hat, kann hier nicht dargelegt werden, jedoch ist kurz Stellung zu beziehen.¹⁵

Eingriffsnormen gehören – auch wenn dies gelegentlich angenommen wird – nicht dem Öffentlichen Recht an.¹⁶ Sie entstammen zwar dessen "Dunstkreis", weil sie überwiegend öffentlichen Interessen Rechnung tragen, sie sehen jedoch zivilrechtliche Rechtsfolgen vor und sind jedenfalls insoweit dem Zivilrecht zuzuordnen. Daher unterfällt die kollisionsrechtliche Behandlung der Eingriffsnormen nicht etwa dem Internationalen Öffentlichen Recht,¹⁷ sondern dem Internationalen Privatrecht, so dass sich dieses auch originär mit deren kollisionsrechtlicher Behandlung beschäftigen muss.

¹⁴ Ebenso Palandt/Thorn, 73. Auflage 2014, Art. 9 Rom I-VO Rn. 15; Rauscher/Thorn, *EuZPR/EuIPR*, 2011, Art. 9 Rom I-VO Rn. 78; Reithmann/Martiny/Freitag, *Internationales Vertragsrecht*, 7. Auflage 2010, Rn. 646; *MünchKomm-BGB/Sonnenberger*, 5. Auflage 2010, Einl. IPR Rn. 47; Maultzsch, *RabelsZ* 75 (2011), 60, 96. Näher hierzu Köhler (Fn. 1), S. 279-285.

¹⁵ Hierzu näher Köhler (Fn. 1), S. 5-102.

¹⁶ Vgl. hierzu Köhler (Fn. 1), S. 40-49.

¹⁷ So aber etwa Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, 9. Auflage 2004, S. 148, 1090 ff.; zurückhaltender, aber im Ergebnis ebenso *MünchKomm-BGB/Sonnenberger* (Fn. 14), Einl. IPR Rn. 36, 388. Unter Geltung der Rom I-VO auch Palandt/Thorn (Fn. 14), Art. 9 Rom I-VO Rn. 7 und deutlich Maultzsch, *RabelsZ* 75 (2011), 60, 90 f.

Hierfür ist die herkömmliche kollisionsrechtliche Methode durchaus in der Lage.¹⁸ Um einer ausländischen Eingriffsnorm einen angemessenen räumlichen Anwendungsbereich zuzuweisen, müssen wir nicht systemwidrig auf den ausländischen kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehl abstellen, den der Erlassstaat dieser Norm zugeordnet hat,¹⁹ sondern können einen eigenen Anwendungsbefehl anhand einer autonomen kollisionsrechtlichen Interessenprüfung *modo legislatoris* entwickeln.²⁰ Ausgangspunkt hierfür bilden die mit der jeweiligen Norm verfolgten Sachnormzwecke, die bestimmte kollisionsrechtliche Interessen implizieren und anhand derer sich wiederum ein angemessenes, also ein sachnormzweck-verwirklichendes²¹ Anknüpfungsmoment entwickeln lässt. Auf diese Weise können wir die fragliche ausländische Eingriffsnorm – wie jede andere Bestimmung auch – zur Anwendung berufen.

c. Anwendungsinteresse

Dennoch bestehen Bedenken, die Verwirklichung eines solchen Anknüpfungsmoments für die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen ausreichen zu lassen. Denn typisches Eingriffsrecht ist Domäne "egoistischer"²² Staatspolitik. Handelsrechtliche, kartellrechtliche oder gar waffenrechtliche Bestimmungen dienen stets dem Wohl des Erlassstaates und diesem ist am besten gedient, wenn er seine Interessen auf Kosten anderer Staaten durchsetzt – eine etwa im Bereich der kriegs- oder handelsrechtlichen Gesetzgebung häufig geübte Praxis. Beeinträchtigen jedoch ausländische Rechtssätze eigene staatliche Interessen, kann deren Anwendung nicht in Betracht kommen. Einigkeit besteht deswegen darin, dass zusätzlich zu einem angemessenen Anknüpfungsmoment ein weiteres Anwendungskriterium hinzutreten muss, welches das

¹⁸ Vgl. hierzu Köhler (Fn. 1), S. 205-207.

¹⁹ So jedoch die in Deutschland herrschende, von Wengler, *ZVglRWiss* 54 (1941), 168, 171, 181 f. und Zweigert, *RabelsZ* 14 (1942), 283, 283-307 begründete *Lehre der "Sonderanknüpfung"*, vgl. hierzu Köhler (Fn. 1), S. 190-198.

²⁰ So die von Schurig begründete *Lehre der "gesonderten Anknüpfung"*, vgl. hierzu insbesondere Schurig, *Kollisionsnorm und Sachrecht*, 1981, S. 328; ders., in: Holl/Klinke (Hrsg.), *Internationales Privatrecht, internationales Wirtschaftsrecht*, 1985, S. 55, 70 f.; ders., *RabelsZ* 54 (1990), 217, 237.

²¹ Ähnlich Roth, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, 1985, S. 160 ("sachnormzweck-gerechte" Anknüpfung); vgl. auch RGRK/Wengler, 12. Auflage 1981, S. 226 ("sachnormgerecht[es]" Anknüpfungsmoment).

²² Hierzu Kegel/Schurig (Fn. 17), S. 149: "Staatseingriffe in private Rechtsverhältnisse dienen dem Leben und Gedeih oder, anders ausgedrückt, dem Wohl des Staates. Staaten sind egoistisch. Sie haben kein primäres Interesse daran, das Wohl anderer Staaten zu fördern".

grundsätzliche Interesse an der Anwendung solcher Bestimmungen beschreibt. Wie dieses zu bestimmen ist, ist jedoch unklar und hängt von der Beantwortung der Frage ab, welches rechtspolitische Konzept Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO zugrunde liegt. Dies stellt das zweite Hauptproblem der Eingriffsnormenproblematik dar.

aa. "Machttheorie"

Verbreitet wird davon ausgegangen, Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO verfolge den Zweck, die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen zugunsten einer möglichst unlimitierten Parteiautonomie zu begrenzen,²³ denn hinter Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO stehe der neoliberale Gedanke, dass "[f]reier Handel möglichst frei sein will von staatlichen Eingriffen".²⁴ Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO stelle daher eine Ausprägung der Machttheorie dar, nach der ausländische Eingriffsnormen "grundsätzlich dann und nur dann anzuwenden [sind], wenn der ausländische Staat, der sie erlassen hat, die Macht besitzt, sie durchzusetzen".²⁵ Der Grund für die Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen liegt nach dieser Ansicht somit ausschließlich in einer faktischen Notwendigkeit begründet, weil man sich bestimmten hinreichend durchsetzungsmächtigen Normen sowieso nicht entziehen könne.

Konkretisiert man Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO in diesem Sinne, so scheidet in unserem Beispielfall – jedenfalls bei konsequentem Vorgehen – die Anwendung des chinesischen Verbotsgesetzes aus, da sich die geschuldete Leistung zum Zeitpunkt des Zahlungsverlangens bereits in Deutschland befand. Damit fehlt es aktuell an einer hinreichenden Machtposition Chinas als maßgebliches Anwendungskriterium.

²³ Allgemein hierzu etwa *MünchKomm-BGB/Martiny* (Fn. 14), Art. 9 Rom I-VO Rn. 113; *Reithmann/Martiny/Freitag* (Fn. 14), Rn. 631; *Staudinger/Magnus* (Fn. 13), Art. 9 Rom I-VO Rn. 94; *Mankowski*, IHR 2008, 133, 148.

²⁴ Zur Bedeutung des britischen Einflusses auf das Gesetzgebungsverfahren der Rom I-VO vgl. etwa *Plender/Wilderspin*, *The European private international law of obligations*, 3. Auflage 2009, 12-022.

²⁵ *Soergel/Kegel*, 11. Auflage 1984, Vor Art. 7 EGBGB Rn. 396; ebenso *Drobnig*, in: *FS Neumayer* 1985, S. 159, 172, 178; *Soergel/von Hoffmann*, 12. Auflage 1996, Art. 34 EGBGB Rn. 85, 90. Zudem folgte der *BGH* teilweise der *Machttheorie*, vgl. etwa *BGHZ* 31, 367, 372; *BGHZ* 64, 183, 190. Dieser Ansatz ist von der *sachrechtlichen* Berücksichtigung faktischer Wirkungen ausländischer Eingriffsnormen zu unterscheiden (hierzu sub B.1.1), da die *Machttheorie* die Voraussetzungen für eine *kollisionsrechtliche* Berufung ausländischer Normen, also einer echten Normanwendung beschreibt ("positives Territorialitätsprinzip", vgl. *Kuckein*, *Die "Berücksichtigung" von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationalen Vertragsrecht*, 2008, S. 106).

Dass der europäische Gesetzgeber eine solche rechtspolitische Grundentscheidung getroffen hat, ist jedoch mehr als zweifelhaft,²⁶ denn dahingehende Hinweise finden sich weder in den Erwägungsgründen der Rom I-VO noch in den sonstigen Dokumenten des Gesetzgebungsverfahrens. Art. 9 Abs. 3 muss daher keineswegs zwingend als Ausprägung der Machttheorie verstanden werden, und man sollte dies auch nicht tun.

Denn zum einen überzeugt die Machttheorie als kollisionsrechtlicher Ansatz nicht, weil wir der tatsächlichen Durchsetzungsmacht ausländischer Staaten angemessen im Rahmen des materiellen Rechts Rechnung tragen können – dies etwa, wie bereits erwähnt, im Rahmen des Leistungsstörungsrechts. Eine faktische Notwendigkeit, solche "potenten Sachnormen" darüberhinausgehend auch kollisionsrechtlich zu berufen, besteht daher – auch wenn die Machttheorie anderes suggerieren mag – keineswegs.

Zum anderen ist dieser Ansatz jedoch auch rechtspolitisch bedenklich. Nehmen wir an, ein von unseren Gerichten zu beurteilender Vertrag wäre auf die Verpflichtung zu einer Bestechung somalischer Amtsträger gerichtet. Da es sich bei Somalia um einen sogenannten "gescheiterten Staat" handelt, fehlt Somalia die Macht zur Durchsetzung seiner Korruptionsverbote und wir könnten diese folgerichtig nicht beachten. Sollten wir den Schuldner jedoch wirklich zu einer Bestechung ausländischer Amtsträgern verurteilen?

Ich meine nein. Folgten wir dem neoliberalen Konzept einer möglichst unlimitierten Parteiautonomie – übrigens eine Vorstellung, die seit Beginn der Finanzkrise doch einiges an Glanz verloren hat –, würden wir den Parteien alleine aufgrund des schlichten Faktums eines Auslandsbezugs mehr Rechtsmacht zugestehen, als diesen nach den übereinstimmenden Wertungen der beteiligten Rechtsordnungen zukäme. Wie das letzte Beispiel besonders plastisch vor Augen führt, ermöglichten wir den privaten Akteuren auf diese Weise, ihre von unserer Rechtsordnung gewährte privatrechtliche Handlungsmacht gegen legitime Regelungsanliegen anderer Staaten einzusetzen. Dies ist nicht nur rechtspolitisch unangemessen, sondern widerspricht auch klar einem sachrechtlichen Wertungen verwirklichenden Kollisionsrecht. Denn kein Staat der Welt gewährleistet die Privatautonomie grenzenlos, sondern nur innerhalb eines Ordnungsrahmens, der grundlegende Gemeinwohlinteressen sicherstellt.²⁷ Da das IPR nicht in höheren Gerechtigkeitssphären schwebt,

²⁶ Vgl. hierzu und zum Folgenden Köhler (Fn. 1), S. 224-230.

²⁷ Zu diesem Gedanken Roth, in: *FS Kühne* 2009, S. 859, 878, der jedoch hieraus keine weiteren anwendungsrechtlichen Schlüsse zieht.

sondern an die materiellen Wertentscheidungen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen rückgebunden ist,²⁸ hat auch das europäische IPR einen die Privatautonomie begrenzenden Ordnungsrahmen zu gewährleisten. Zur Verwirklichung dieser Ordnungsfunktion müssen wir jedoch ausländische Eingriffsnormen unabhängig von einer staatlichen Durchsetzungsmacht berücksichtigen. Denn unsere eigenen ordnungspolitischen Regelungen sind nur dann anwendbar, wenn ein hinreichender Inlandsbezug besteht. Fehlt es daran, müssen wir funktional vergleichbare Vorschriften anderer Rechtsordnungen grundsätzlich anwenden, weil wir anderenfalls auf einen ordnenden Rahmen verzichteten.

Gesteht man dem IPR richtigerweise eine solche Ordnungsfunktion zu, so ergibt sich aus dieser das grundsätzliche Anwendungsinteresse an ausländischen Eingriffsnormen. Der restriktive Ansatz der Machttheorie ist deswegen abzulehnen.

bb. "Sympathieprüfung"

Dennoch kann nicht jede ausländische Eingriffsnorm, zu der eine angemessene räumliche Verknüpfung führt, zur Anwendung gebracht werden. Denn wie erwähnt, konterkarieren solche Bestimmungen nicht nur Privat-, sondern möglicherweise auch Staatsinteressen. Ist dies der Fall, lässt sich deren Anwendung nicht rechtfertigen, weil das – aufgrund der beschriebenen Ordnungsfunktion grundsätzlich vorhandene – Anwendungsinteresse in diesen Fällen auf "Null" reduziert ist. Ein solches lässt sich positiv daher nur bejahen, wenn der Regelungsgehalt der ausländischen Bestimmung mit den Wertungen unserer eigenen Rechtsordnung kompatibel ist.²⁹ Erforderlich wird damit eine *materiellrechtliche* Auswahlentscheidung, eine "Verträglichkeits"- oder "Sympathieprüfung",³⁰ anhand derer wir ermitteln können, ob wir die mit der ausländischen Bestimmung verfolgten Zwecke *teilen*, weil wir in entsprechenden Fällen ebenso unsere – vergleichbaren – öffentlichen Interessen zu Lasten der Privatautonomie durchsetzen. "Sympathisieren" wir deswegen mit der ausländischen Bestimmung, füllt sie den Ordnungsrahmen *angemessen* aus und lässt sich daher ohne Bedenken zur Anwendung bringen.

²⁸ Näher hierzu Köhler (Fn. 1), S. 70-84.

²⁹ Vgl. etwa Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6. Auflage 2006, S. 506 f. ("gewisser Interessen- oder Wertgleichklang"); Kegel/Schurig (Fn. 17), S. 156 f., 1096 f. ("Interessengleichheit"); näher hierzu Köhler (Fn. 1), S. 235-258.

³⁰ Begriff von Fickel, *RIW* 1974, 69, 70 und Martinek, *Das internationale Kartellprivatrecht*, 1987, S. 52.

Anhand *welcher* materiellen Rechtsgrundlage diese "Sympathieprüfung" vorzunehmen ist, bedarf indes noch der weiteren Diskussion. Regelmäßig wird davon ausgegangen, dass hierfür die nationalen Wertungen des jeweiligen mitgliedstaatlichen Forumstaates maßgeblich sein sollen.³¹ Mangels vollständig vereinheitlichten Sachrechts divergieren diese Wertungen jedoch von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat, so dass auch die im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO zu treffende Anwendungsentscheidung davon abhängig wäre, welches mitgliedstaatliche Gericht den Fall zu entscheiden hätte. Dies beeinträchtigt jedoch nicht nur den europäischen Entscheidungseinklang – immerhin das Hauptziel der Rom I-VO –, sondern wird auch dem Umstand nicht gerecht, dass wir einen Anwendungsbefehl *europäischer* Herkunft auszubilden haben. Um diesen Anwendungsbefehl europäisch-einheitlich bestimmen zu können, habe ich vorgeschlagen, die materielle "Sympathieprüfung" anhand aller Mitgliedstaaten gemeinsamer Wertungen vorzunehmen.³² Denn gerade im Bereich des "klassischen" Eingriffsrechtes gibt es mittlerweile – aufgrund dessen Bedeutung für den Gemeinsamen Markt – zahlreiche, für alle Mitgliedstaaten verbindliche europäische Rechtsakte, anhand derer solche gemeinsamen europäischen Wertungen entwickelt werden können – genannt seien hier nur das Kulturgüterschutzrecht, das Außenwirtschaftsrecht (Embargo-Bestimmungen) und das Kartellrecht.

In unserem Beispielfall ergibt sich etwa eine gemeineuropäische "Sympathie" mit dem Schutz nationalen Kulturguts aus der in allen Mitgliedstaaten geltenden Kulturgüterschutzverordnung von 1992. Entsprechende ausländische Bestimmungen können daher – bei hinreichender räumlicher Verknüpfung – *von jedem mitgliedstaatlichen Gericht einheitlich* angewandt werden.

Einzuräumen ist, dass es auch für die Eingriffsnormenproblematik relevante Bereiche gibt, in denen es mangels Kompetenz der EU von vornherein an einer europäisch-vereinheitlichten Rechtsgrundlage fehlt. Aber auch dies hindert die Feststellung einer "gemeineuropäischen Interessensympathie" als europäisch-einheitliches Anwendungskriterium für ausländische Eingriffsnormen nicht, weil wir durchaus *rechtsvergleichend* ermitteln können, ob es sich bei dem mit der ausländischen Norm verfolgten Zweck um ein Anliegen handelt, das von allen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen getragen wird.³³

³¹ Reithmann/Martiny/Freitag (Fn. 14), Rn. 649; *ders.*, IPRax 2009, 109, 111; *MünchKomm-BGB/Martiny* (Fn. 14), Art. 9 Rom I-VO Rn. 119, 141-143.

³² Vgl. hierzu Köhler (Fn. 1), S. 246-258.

³³ Näher hierzu Köhler (Fn. 1), S. 254 f.

Damit lässt sich festhalten: Der Grund für die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen resultiert nach vorzugswürdiger Ansicht nicht aus der "Durchsetzungsmacht" des Erlassstaates, sondern ergibt sich aus der Ordnungsfunktion des IPR. Zusätzliches Anwendungskriterium bildet daher alleine eine materielle "Sympathieprüfung", die anhand aller Mitgliedstaaten gemeinsamer Wertungen vorzunehmen ist.

II. Abschließender Charakter von Art. 9 Abs. 3 Rom I?

Folgt man den bisherigen Ausführungen, ist damit zugleich die - hoch umstrittene - Frage nach einem abschließenden Charakter von Art. 9 Abs. 3 präjudiziert. Hierbei geht es darum, ob auch andere als vom Wortlaut erfasste Eingriffsnormen angewandt werden können, ob Art. 9 Abs. 3 also "Sperrwirkung" entfaltet.³⁴ Wenn jedoch dem IPR die beschriebene Ordnungsfunktion zuzugestehen ist, dann kann man sich nicht darauf beschränken, alleine die zur Vertragsnichtigkeit führenden Eingriffsnormen des - wie auch immer zu bestimmenden - Erfüllungsortes zur Anwendung zu bringen. Denn auch wenn sich diese Beschränkungen weit auslegen lassen - etwa indem man, wie einleitend bemerkt, unter dem Erfüllungsort jeden Ort versteht, der mit der tatsächlichen Erfüllungshandlung in Kontakt kommt -, gibt es durchaus weitere, nicht vom Wortlaut erfasste ausländische Bestimmungen, mit denen wir aufgrund gemeineuropäischer Wertungen "sympathisieren" und deren angemessenes Anknüpfungsmoment eben nicht der Erfüllungsort darstellt.³⁵

Dies beispielsweise dann, wenn die deutsche Käuferin aus unserem Beispielfall den "großen Wagen mit Pferd" weiter nach Frankreich verkauft und es daher in diesem Vertragsverhältnis an einer *faktischen Erfüllungshandlung* in China fehlt.

Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO stellt deswegen nur ein *Regelbeispiel* ohne abschließenden Charakter dar.

C. ZUSAMMENFASSUNG

Lehnt man eine "Sperrwirkung" ab, kommt eine über den Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO hinausgehende *Anwendung* ausländischer Eingriffsnormen in Betracht. Die wesentlichen Kriterien hierfür sind zusammengefasst:

³⁴ Vgl. hierzu Köhler (Fn. 1), S. 265-273.

³⁵ Vgl. hierzu Köhler (Fn. 1), S. 267-269.

- Die Verwirklichung eines auf die ausländische Eingriffsnorm bezogenen *Anknüpfungsmoments* und
- die positive Bejahung eines *Anwendungsinteresses* anhand einer *materiellen Sympathieprüfung*, deren Grundlage gemeinsame Wertungen *aller europäischer Mitgliedstaaten* bilden.

Anhand dieser Anwendungskriterien lässt sich ein potentiell allseitiges System für Eingriffsnormen im europäischen IPR *modo legislatoris* entwickeln - ein Weg, den zu gehen Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO keineswegs "versperrt".

TEHNIČKE MERE ZAŠTITE AUTORSKIH PRAVA U INFORMACIONOM DRUŠTVU - DOMETI EU DIREKTIVE 2001/29

Apstrakt

Sistem pravne zaštite intelektualne svojine i, još preciznije, autorskih prava, nastao je u tehnološkom kontekstu u kome su mogućnosti za difuziju autorskih dela bile mnogo ograničenije nego danas. Terminus technicus "autorska i srodna prava" je stvoren sa namerom da se označi celina koja se sastojala od onoga što se inicijalno nazivalo "prava na književna i umetnička dela" (autorska prava) i brojnih monopola koji nastaju u kontekstu stavljanja u promet tih dela (srodna prava). Međutim, stvaranje Evropske zajednice (unije), nove međunarodne organizacije koja je specifična i u pravnom i u političkom smislu, samo je pojačalo – pre svega zbog slobodnog kretanja ljudi, robe i kapitala na njenom unutrašnjem tržištu – potrebu iznalaženja evropskog odgovora na izazove efikasne zaštite autorskih prava. Najbitniji pravni akt usvojen u ovoj oblasti je Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta o usklađivanju određenih aspekata autorskih i srodnih prava u informacionom društvu (Direktiva 2001/29). Širenje dostupnosti i omasovljenje on-line deljenja autorskih dela, koje, po definiciji, ne poznaje državne granice, je nametnulo nužnost međunarodnog pristupa svim povezanim pravnim i tehničkim pitanjima. Drugim rečima, tehničke mere zaštite autorskih prava treba da se razvijaju istom brzinom kao i tehničke mogućnosti za difuziju dela zaštićenih tim pravima. Uzimajući u obzir specifičnosti Evropske unije kao međunarodne organizacije sui generis, ovaj članak se bavi odgovorom koji je ona iznašla na

* Docent na Fakultetu za pravo, javnu upravu i bezbednost Megatrend Univerziteta u Beogradu.

pitanje zaštite autorskih prava u kontekstu savremenih tehnologija. Da bi se odgovorilo tako postavljenom zadatku, prethodno je potrebno da budu rasvetljena neka bitna pitanja odnosa tehničkih mera zaštite i moralnih aspekata autorskih prava (poglavlje 1), da bi zatim EU Direktiva 2001/29 poznata pod skraćenim nazivom „autorska prava i informaciono društvo“ bila analizirana iz dva ključna ugla: pitanje definicije tehničkih mera zaštite autorskih prava (poglavlje 2), i aspekti vezani za efikasnost takve zaštite (poglavlje 3).

Ključne reči: Direktiva 2001/29, autorsko pravo, pravo intelektualne svojine, tehničke mere zaštite, informaciono društvo

1. Uvod

Od svih međunarodnih konvencija čiji je cilj zaštita različitih vidova tzv. svojinskih prava, ona koja se tiče autorskih prava se može pohvaliti izuzetnom dugovečnošću.¹ Preciznije rečeno, *terminus technicus* "autorska i srodna prava" je stvoren sa namerom da se označi celina koja se sastojala od onoga što se inicijalno nazivalo "prava na književna i umetnička dela" (autorska prava) i brojnih monopola koji nastaju u kontekstu stavljanja u promet tih dela (srodna prava). Takozvana "konvencija majka" u ovoj oblasti je bila nesumnjiv uspeh, budući da su njeno mesto i domet potvrđeni njenim delimičnim preuzimanjem kroz odredbe Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima.² Nije neophodno posebno naglašavati nesumnjiv značaj koji je na ovaj način dat autorskim pravima: ona su postala deo korpusa osnovnih ljudskih prava. Pored toga, kako UNESKO (kroz Univerzalnu konvenciju o autorskim pravima) tako i Svetska trgovinska organizacija (kroz Sporazum o aspektima prava intelektualne svojine koji se tiču trgovine, poznat i pod skraćenicom TRIPS³) značajno su doprineli internacionalizaciji autorskih prava. 1996. godine, znatno pre eksplozivnog razvoja interneta, dva međunarodna ugovora zaključena u okviru Svetske organizacije za intelektualnu svojinu (SOIS) – Ugovor o autorskim pravima⁴ i

¹ Bernska konvencija o zaštiti književnih i umetničkih dela zaključena je 9. septembra 1886. godine.

² Član 27. ove Deklaracije, usvojene 1948. godine, predviđa da "svako ima pravo na zaštitu svojih moralnih i materijalnih interesa koji proizilaze iz svake vrste umetničkog, književnog ili umetničkog dela čiji je tvorac".

³ Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS).

⁴ World Intellectual Property Organization Copyright Treaty (WCT).

Ugovor o interpretacijama, izvođenjima i fonogramima⁵ – priznala su nesumnjiv značaj primene autorskih prava u numeričkom okruženju.

Kategorija za koju se uobičajio naziv "književna i umetnička dela" i koju pominju ugovori zaključeni pod okriljem SOIS, takođe obuhvata muziku, film, računarske programe, šireći tako polje primene ovih međunarodnih sporazuma i čineći od njih referencijalne pravne akte za budući razvoj sistema zaštite autorskih prava koji bi bio adaptiran na numeričko okruženje. Na ovaj način je u potpunosti zagarantovano mesto koje tehničke mere zaštite autorskih prava zauzimaju u sistemu međunarodnog prava. Međutim, postoji još jedan problem čije dimenzije ulivaju strah – ubediti i ohrabriti suverene države da uzmu u obzir transnacionalni karakter ovog problema, kako bi se uopšte moglo doći do harmonizovanog odgovora na nove izazove za zaštitu autorskih prava. Nažalost, brojni međunarodni pravni instrumenti usvajani u ovoj oblasti često su bili praćeni preprekama koje su se razlikovale po svojoj političkoj ili teorijskoj prirodi, ali su kao zajednički imenitelj imale poreklo u teško pomirljivim interesima. Tako su Sjedinjene Američke Države, poznate po tradiciji⁶ zaštite autorskih prava koja odudara od njihove zaštite u tzv. kontinentalnom sistemu, pristupile Bernskoj konvenciji za zaštitu književnih i umetničkih dela tek 1989. godine, više od jednog veka posle njenog potpisivanja. Uz to, eksplozivan razvoj brojnih vrsta materijalnih nosača autorskih dela kojima se omogućava njihovo stavljanje u promet, predstavljao je sve veći izazov za legitimnu i razumljivu nameru da se autorima pruži što šira zaštita.

Uz sve navedene teškoće, širenje dostupnosti i omasovljenje *on-line* deljenja autorskih dela,⁷ koje, po definiciji, ne poznaje državne granice, nametnulo je nužnost međunarodnog pristupa svim povezanim pravnim i tehničkim pitanjima. Drugim rečima, tehničke mere zaštite autorskih prava treba da se razvijaju istom brzinom kao i tehničke mogućnosti za difuziju dela zaštićenih tim pravima. Gde je tehnologija oslabila pravo, tehnologija može pomoći i u njegovom ojačavanju. Izazov je, dakle, značajan, budući da su unutrašnji pravni

⁵ World Intellectual Property Organization Performances and Phonograms Treaty (WPPT).

⁶ Za posledice koje razlike između dva velika sistema zaštite autorskih prava imaju na trenutno važeća zakonodavstva u oblasti efikasne zaštite intelektualne svojine, videti Dirrig Edouard: *Limites tenant à la nature des directives et cohérence de l'ordre juridique communautaire: un nœud gordien?*, commentaire de l'arrêt de la CJCE du 3 mars 2005 *Procédure pénale c/ Silvio Berlusconi* (aff. jt. C-387/02, C-391/02, C-403/02), *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, str. 921-957.

⁷ Za šire pitanje odnosa piraterije i prava na privatnost, videti: Warren Samuel, Brandeis Louis: *Concept of privacy*, *Harvard Law Review*, 1890, str. 213; Gavison Ruth: *Privacy and the Limits of Law*, Harvard University Press, 1999, str. 327.

sistemi bili i uglavnom ostaju nesposobni da ponude rešenja za jednu krajnje međunarodnu problematiku.⁸ Imajući u vidu specifičnost Evropske unije kao *sui generis* međunarodne organizacije, u ovom članku ćemo se posvetiti analizi odgovora koje je ona iznašla na pitanje zaštite autorskih prava u kontekstu modernih tehnologija. U tom smislu, pošto budu rasvetljena neka bitna pitanja odnosa tehničkih mera zaštite i moralnih aspekata autorskih prava (poglavlje 1), EU (EZ) Direktiva 2001/29 poznata pod skraćenim nazivom "autorska prava i informaciono društvo"⁹ će biti analizirana iz dva ključna ugla: prvo ćemo se fokusirati na definiciju tehničkih mera zaštite autorskih prava (poglavlje 2), da bismo se potom posvetili analizi efikasnosti takve zaštite (poglavlje 3).

2. Odnos tehničkih mera zaštite i moralnih aspekata autorskih prava

Specifičnost autorskog prava, kako u okviru šire discipline prava intelektualne svojine, tako i u celokupnom sistemu pravnih nauka, u značajnoj meri počiva u postojanju tzv. moralnih prava¹⁰ autora. Svaka tvorevina duha je *par definitionem* obeležena ličnom kreativnošću autora, odakle potiče tesna veza između tvorca i njegovog dela; naravno, tokom razvoja nacionalnih i međunarodnih normi autorskog prava, ova veza nije mogla da ostane pravno neuređena.¹¹ Pojedini teoretičari, u nameri da kompletiraju složene sisteme klasifikacije, imaju

⁸ U istom smislu: Vivant Michel, Maffre-Baugé Agnès: *Internet et propriété intellectuelle: le droit, l'information et les réseaux*, Institut français des relations internationales, juin 2002, Paris, str. 51-58.

⁹ Direktiva 2001/29/EC Evropskog parlamenta i Saveta od 22. maja 2001. godine o usklađivanju određenih aspekata autorskih i srodnih prava u informacionom društvu, *Official Journal of the European Communities* L167, str. 10-19.

¹⁰ U domaćoj teoriji, neki autori moralna autorska prava nazivaju ličnopravnim ovlašćenjima, navodeći da "autorovim idealnim interesima koji se odnose na njegov prestiž i ugled, kao i na intelektualno-emosivnu vezu koja postoji između njega i njegovog dela, autorsko pravo pruža zaštitu putem ličnopravnih ovlašćenja", S. Marković, *Autorsko pravo i srodna prava*, Službeni glasnik, Beograd, 1999, str. 170. Međutim, isti autor dalje navodi da "bez obzira na semantičku problematičnost termina 'moralno pravo', mi ga, u kontekstu autorskog prava, prihvatamo kao ravnopravan sa terminom 'ličnopravna ovlašćenja', jer je on, pre svega zahvaljujući francuskom pravu, postao tradicionalan i odomaćen na skoro svim meridijanima sveta". *Ibid.*

¹¹ Postoje brojne razlike u načinu na koji su moralna autorska prava tretirana u dva velika pravna sistema: anglosaksonskom (u kome se često o ovoj grani prava govori u okviru tzv. "copyright" sistema) i kontinentalnom. Međutim, pristupanje Sjedinjenih Američkih Država Bernskoj konvenciji i usvajanje EU Direktive poznate pod skraćenim nazivom "autorska prava i informaciono društvo" (koja u tački 19. preambule navodi da moralna prava autora ostaju izvan harmonizacije nacionalnih pravnih sistema predviđene ovim aktom) svedoče u prilog tezi da se globalne razlike u zaštiti autorskih prava (prevashodno imovinskih, ali sve više i moralnih) postupno smanjuju.

tendenciju da moralna prava autora svrstaju u kategoriju tzv. "prava ličnosti"¹² (u koje spadaju i pravo na ime, lik, poštovanje digniteta), naglašavajući da autorska moralna prava predstavljaju podgrupu ove kategorije.¹³ Međutim, duboka specifičnost moralnih prava autora u odnosu na prava ličnosti se očituje u bar tri njihove ključne karakteristike: trajnost prava, visok stepen normiranosti i odvojenost od fizičkih aspekata osobe koja je nosilac prava.

Kada su u pitanju međunarodni pravni akti, zaštita moralnih prava autora se pominje još u članu 6 bis Bernske konvencije, čiji stav 1 predviđa da "nezavisno od imovinskih prava autora i čak posle ustupanja ovih prava, autor zadržava pravo na priznanje da je on tvorac dela i pravo da se protivi svakom iskrivljanju, sakaćenju i drugoj izmeni dela ili svakoj drugoj povredi tog dela, što bi išlo na štetu njegove časti ili njegovog ugleda". Međutim, odsustvo preciznijih normi o moralnim pravima autora u nekim velikim, sistemskim međunarodnim aktima u oblasti prava intelektualne svojine, ali i često pozivanje na ekonomske razloge, doveli su do čestih kritika moralnih prava u evropskoj pravnoj teoriji. Tako, na primer, M. Vivant i A. Maffre-Bože (*Michel Vivant, Agnès Maffre-Baugé*) navode da "dogmatsko (svakako preterano, ali ponekad branjeno) viđenje ovih prava može voditi ideji o 'nedodirljivosti' dela, koje ne bi trebalo na pretrpi bilo kakav uticaj (bez obzira na njegovu formu i značaj) protivno volji autora".¹⁴ U sličnom smislu, pošto priznaje da su moralna prava ključni aspekt autorskog prava, Evropska komisija u jednom svom saopštenju iz 1996. godine podvlači da "u informacionom društvu, striktna primena moralnih prava autora se čak može pokazati i kontraproduktivnom".¹⁵ Ovaj stav Komisije je našao svoj izraz i u normativnim rešenjima koja sadrži Direktiva 2001/29, u čijoj preambuli (tačka 19) stoji da će "moralna prava nosioci uživati u skladu sa zakonodavstvom država članica i odredbama Bernske konvencije o zaštiti književnih i umetničkih dela, Ugovorom o autorskim pravima SOIS i Ugovorom o interpretacijama, izvođenjima i fonogramima SOIS", te da, stoga "moralna prava ostaju izvan polja interesovanja ove Direktive". Imajući u vidu ogroman značaj svih moralnih prava autora za samo postojanje efektivne i sadržajne pravne zaštite autorskog dela, u ovom poglavlju ćemo nastojati da dokažemo da mere tehničke zaštite različitih

¹² U francuskoj doktrini za ova prava se uglavnom koristi naziv "*droits de la personnalité*", dok anglosaksonska teorija koristi termin "*personality rights*"; videti, na primer: De Bellefonds Xavier Linant: *Droits d'auteur et droits voisins*, 2ème éd., str. 18; Cours Daloz, Série Droit privé, Paris, 2004; Gavison, Ruth, *op. cit.*, str. 330.

¹³ De Bellefonds Xavier Linant, *op. cit.*, str. 231.

¹⁴ Vivant Michel, Maffre-Baugé Agnès, *op.cit.*, str. 48.

¹⁵ Communication sur le suivi du livre vert, COM(96)568 final, 20-11-1996, str. 27.

moralnih prava autora nisu nespojive sa unutrašnjim tržištem EU i da, štaviše, ova prava mogu uživati zaštitu koja je po svom sadržaju i obimu veoma slična zaštiti imovinskih prava autora. Od usvajanja Direktive 2001/29 prošlo je trinaest godina i rešenja koja sadrži odavno su implementirana u nacionalna zakonodavstva država članica; razumno je očekivati da će se na nivou EU u narednim godinama obaviti i proces značajnijeg usklađivanja moralnih aspekata autorskog prava. Imajući u vidu, sa jedne strane, trenutni nivo konvergencije na unutrašnjem tržištu EU, a, sa druge strane, prirodu samog autorskog prava (nezamislivog bez moralne komponente) i sve veće tehnološke mogućnosti za njegovo kršenje, u redovima koji slede predložićemo neke metode zaštite moralnih autorskih prava u numeričkom okruženju.

Prva, često smatrana kao "klasična" prerogativa koja spada u moralna prava autora je **pravo na objavljivanje dela**,¹⁶ koje podrazumeva da je samo autor taj koji je ovlašćen da javnosti objavi svoje delo.¹⁷ Poseban značaj ovog moralnog prava je u tome što ono omogućava realno uživanje brojnih imovinskih prava autora. Kada je u pitanju numeričko okruženje, pravo na objavljivanje deluje lako primenjivo: ako autorsko delo nije objavio autor (ili treće lice, uz saglasnost autora) ili ako autor nije izabrao način difuzije svog dela, jasno je da se radi o povredi autorskog prava. Kao logična posledica navedenog, moglo bi se smatrati zabranjenim svako izbegavanje ili eliminisanje bilo koje tehničke mere čija je svrha da ograniči ili blokira pristup neobjavljenom delu. Međutim, tu se javlja sledeći problem: smisao prava na objavljivanje je da omogući autoru da odabere trenutak kada će njegovo delo postati dostupno drugima; međutim, ako je autorsko delo već bilo na informacionoj mreži (bez obzira na lokalizaciju, ograničenost pristupa i eventualno postojanje tehničkih mera zaštite), može li se smatrati da je već objavljeno i da je, stoga, pravo na objavljivanje iscrpljeno? Drugim rečima, da li autor koji je dozvolio samo jedan vid pristupa delu

¹⁶ O postojanju ovog dela različite države sveta ne daju jedinstven odgovor. Iako Bernska konvencija ne pominje ovo pravo, ono postoji u većini država sveta i njegova sadržina ne varira znatno.

¹⁷ Kako predviđaju mnogi nacionalni pravni sistemi, čak i ukoliko treće lice u dobroj veri dođe u posed materijalnog nosača autorskog dela, autor može zahtevati da mu se on vrati u posed ukoliko delo nije objavljeno. Pored toga, postoji i široko rasprostranjeno shvatanje po kojem je "ovlašćenje na objavljivanje dela obuhvaćeno imovinskopravnim ovlašćenjima", jer "nijedno imovinskopravno ovlašćenje nije moguće vršiti, a da delo ostane neobjavljeno", S. Marković, *op. cit.*, str. 175. Međutim, "ipak ima određenih razloga za postojanje posebnog ličnog pravnog ovlašćenja na objavljivanje dela", budući da je "objavljivanje dela od prelomnog značaja za idealne interese autora", kao i da "postoje slučajevi u kojima je objavljivanje nezavisno od vršenja imovinskopravnih ovlašćenja". *Ibid.*

zadržava pravo da se protivi drugim modalitetima objavljivanja?¹⁸ Odgovor na postavljena pitanja bi bacio svetlo i na dilemu o dopuštenosti tehničkih mera čiji je cilj da spreči i/ili ograniči akte koje nije dozvolio nosilac moralnog prava. Nažalost, brojne sudske odluke¹⁹ koje su donete u ovakvim slučajevima uopšte nisu primenjive u numeričkom okruženju. Kada je u pitanju internet, moguća su dva odgovora; sa jedne strane, može se tvrditi da je granica između privatne i javne sfere pređena kada je delo "na redovan način" učinjeno dostupnim na mreži; međutim, ako je akt postavljanja autorskog dela na mreži podrazumevao nameru da se delo učini dostupnim ograničenom/zatvorenom broju korisnika,²⁰ ili ako je, *a fortiori*, "mesto susreta" ovih korisnika zaštićeno tehničkim merama čija je svrha da blokira pristup svim drugim korisnicima, da li se i u tom slučaju radi o objavljivanju koje dovodi do iscrpljivanja prava? Odgovor može biti nađen kroz primenu (2) klasičnih, "prenumeričkih" pravila autorskog prava, i to ne onih koja se tiču moralnih, već pravila koja se odnose na imovinska prava autora. Pre ovoga, potrebno je usvojiti (1) i jednu prethodnu teorijsku pretpostavku, koliko nam se čini jedinu koja u ovoj situaciji može stati na put beskrajnim i neplodotvornim raspravama o pravnoj prirodi interneta.

1) Prvi korak ka rešenju koje predlažemo podrazumeva usvajanje pretpostavke da je svako autorsko delo učinjeno dostupnim u numeričkom okruženju definitivno i neopozivo objavljeno, bez obzira na postojanje i efikasnost tehničkih mera čija je svrha da spreče ili ograniče akte nedozvoljene od strane nosioca moralnog prava, tj. pristup delu, njegovo umnožavanje i, konačno, njegovo objavljivanje drugom tehnikom ili na drugoj lokaciji u sajber-prostoru.

2) Zatim, shodnom primenom odredbi primenjivih na ugovore o korišćenju dela, autor može utvrditi modalitete objavljivanja dela u svakom opsegu širem od okvira u kome je delo prvobitno objavljeno. Sudska odluka doneta 2001. godine pred francuskim sudom više instance u slučaju *L'Île aux enfants*, koja je primenila slično rešenje na televizijsko emitovanje, je u velikoj meri primenjiva na internet.

¹⁸ Tipičan primer je situacija kada je autor dozvolio objavljivanje svog pisanog dela na internetu, ali ne i njegovo štampanje i umnožavanje.

¹⁹ Na primer, "pravo autora na objavljivanje dela zabranjuje da fotografije objavljene u štampanom magazinu budu objavljene na televiziji", *Revue internationale du droit d'auteur* (RIDA), 1982, n° 108, str. 126; takođe, "pisano delo sačinjeno za potrebe televizijskog programa ne može biti objavljeno u formi knjige", RIDA, 1972, n° 73, str. 223; navedeno prema De Bellefonds Xavier Linant, *op. cit.*, str. 237.

²⁰ Ovde, primera radi, možemo navesti slučaj pesme objavljene na nekom web-forumu, koja je dostupna samo korisnicima koje je autor na to ovlastio i/ili korisnicima koji su u posedu izvesne lozinke ili su u stanju da na drugi legalan način ispune neki uslov korisničke autentifikacije.

Kako sud navodi u obrazloženju svoje odluke, "u ovom slučaju se ne radi o pravu na objavljivanje, koje se iscrpljuje prvim javnim saopštavanjem (...) ograničenja koja su postavljena na inicijalno objavljivanje dela tiču se pravnih prerogativa koja su povezana sa pravom na korišćenje dela".²¹ Imajući u vidu način na koji je problem televizijskog emitovanja i reemitovanja rešen u ovom slučaju, ne postoje pravni ni tehnički razlozi da sličan princip ne bude primenjen na dela koja se čine *on-line* dostupnim prvo u užem/zaštićenom, a potom u širem/neograničenom numeričkom opsegu. Jedini problem koji ovo rešenje sa sobom nosi je više ekonomski i organizacioni nego pravni: naime, neophodno je postojanje takvog poslovnog okruženja koje je voljno i sposobno da ovakva pitanja, kada god je moguće, rešava ugovorima o korišćenju dela. U svakom slučaju, protivpravnim bi se smatralo zaobilazanje ili eliminisanje svake tehničke mere čiji je cilj zaštita autorskih prava (u ovom slučaju, predviđenih ugovorom). Pored toga, postoji još jedna ključna prednost predloženog rešenja. Naime, ono bi bilo veoma lako primenjivo u pravu EU, budući da se uklapa u normativni okvir Direktive 2001/29 koja se odnosi na imovinska, ali ne i moralna prava autora.²² Iako može da deluje kao pravna ekvilibristika koja moralna prava autora pretvara u imovinska samo da bi se izvesne prerogative autora mogle podvesti pod pravna rešenja sadržana u Direktivi, ovo rešenje itekako uživa teorijsko uporište u klasičnoj doktrini autorskog prava. Naime, znatno pre stupanja na snagu ovog evropskog pravnog akta kojim su usklađena nacionalna zakonodavstva u oblasti autorskih prava u informacionom društvu, doktrina je bila sasvim jednoglasna u stavu da "nijedno imovinskopravno ovlašćenje iz subjektivnog autorskog prava nije moguće vršiti, a da delo ostane neobjavljeno".²³ Stoga je, uz postojeći okvir zaštite imovinskih prava autora, razumno pretpostaviti da će buduća zakonodavna aktivnost u Evropskoj uniji na sveobuhvatan način urediti i moralnu komponentu autorskih prava.

Druga bitna komponenta moralnih autorskih prava je **pravo na poštovanje dela** koje, uglavnom, podrazumeva dva aspekta: a) pravo autora da delo bude javno objavljeno u obliku u kome ga je autor i kreirao, bez ikakve intervencije nosioca/laca imovinskih prava ili vlasnika materijalnog nosača dela (*pravo na poštovanje integriteta dela*) i b) pravo autora da delo bude objavljeno na način koji

²¹ Odluka u slučaju *L'Île aux enfants*, Tribunal de grande instance, Paris, 14.02.2001; objavljeno u *Communication commerce électronique* 03/2001, <http://www.lexisnexis.fr/droit-document/sommaire-article/communication-commerce-electronique/communication-commerce-electronique-mars-2001-n-3.htm> (pristupljeno 24.02.2014.).

²² Videti fusnotu 11. ovog rada i tačku 19. preambule Direktive 2001/29.

²³ S. Marković, *op. cit.*, str. 175.

ne nanosi štetu intelektualno-emosivnoj prirodi dela (*pravo na poštovanje duha dela*).

a) Informaciona obrada autorskog dela može podrazumevati brojne povrede njegovog integriteta. Često može doći i do sledeće paradoksalne situacije: izvesne tehničke mere zaštite (na primer, neke tehnike enkripcije ili tetoviranja dela koje obavlja distributer, kako bi onemogućio kopiranje sa tog nosača) mogu predstavljati kršenje prava na poštovanje dela ako ih nije odobrio autor. Razlog je u tome što, preduzimanjem ovakvih mera, nosilac imovinskog prava može ugroziti shvatanje koje autor ima o odgovarajućem načinu objavljivanja dela. I u ovoj situaciji jedino primenjivo rešenje je sačinjavanje preciznog ugovora, kojim bi se rešilo pitanje tehničke mere zaštite koja bi bila u skladu sa intelektualnim, estetskim i drugim shvatanjima autora. Pored toga, "uključivanje autorskog dela u neku, uglavnom interaktivnu, multimedijalnu kreaciju, pretpostavlja i promenu načina na koje se delo prezentira (drugačiji okvir, različita numeracija stranica...), pa čak i njegovu direktnu transformaciju (promenu boja, distorziju oblika...) te, u svakom slučaju, podrazumeva izvesni razvojni odmak od izvornog dela".²⁴ Ovom zaključku može se samo dodati da "izvesni razvojni odmak" podrazumeva i svaki postupak kompresije, sa ciljem da smanji prostor koje delo zauzima na materijalnom nosaču.

b) Kada je u pitanju pravo na poštovanje duha dela, situacija je znatno složenija; delo, samo po sebi, ostaje netaknuto, ali je stavljeno u kontekst koji je iskrivljen i udaljen od shvatanja i namera autora. U doktrini su čak kategorizovane i tri devijacije dela koje mogu nastati u numeričkom okruženju: 1. politička (na primer, ako je autorsko delo bez prethodne saglasnosti autora citirano, u izvesnom ideološkom kontekstu, na web-stranici političke stranke); 2. moralna (na primer, ako je delo bez pornografskih elemenata stavljeno u takav kontekst) i 3. estetska (kada način predstavljanja dela ne uvažava namere autora).²⁵ Jedina tehnička mera koja bi se ovde mogla predvideti (ako se, naravno, isključe mere kontrole pristupa i umnožavanja) bi bila mera kojom bi se osiguralo prepoznavanje izvornog dela koje je stavljeno u iskrivljeni kontekst. U celini posmatrano, prerogative autora koje se tiču prava na poštovanje dela se, u numeričkom okruženju, mogu štititi brojnim tehničkim merama; u svakom slučaju, da bi se izbeglo pitanje dopuštenosti takvih mera i kako bi se rešili eventualni sukobi nosilaca imovinskih i moralnih autorskih prava, najbolje rešenje je zaključivanje preciznog ugovora. Neki autori su čak predložili i model

²⁴ Vivant Michel, Maffre-Baugé Agnès, *op.cit.*, str. 49.

²⁵ Bresse Pierre, u saradnji sa Kaufman Gautier, *Guide juridique de l'Internet*, éd. Vuibert, 2001, str. 246.

jedne takve ugovorne odredbe, kao što je to sledeće rešenje koje se odnosi na izradu web-stranice: "sama priroda dela, koja podrazumeva interaktivnost i evolutivnost, kao i tehničke i ekonomske nužnosti njegovog korišćenja u kontekstu supranacionalnih mreža, čine da delo ne može biti smatrano nedodirljivim i nepromenljivim; autor izjavljuje da je ovoga u potpunosti svestan i svoje delo predaje na upotrebu uz puno poznavanje ovih činjenica".²⁶ Predviđanjem ovakvih ili sličnih ugovornih odredaba bi se – slično kao i u slučaju prava na objavljivanje, do donošenja sveobuhvatnih propisa na nivou Evropske unije koji bi zamenili ili dopunili postojeću Direktivu 2001/29 – pitanje moralnih prava autora još jednom rešilo kroz njihovo povezivanje sa oblastima u kojima već postoji ekstenzivna harmonizacija nacionalnih pravnih sistema.

Kada je u pitanju **pravo na paternitet** kao komponenta moralnih autorskih prava, njime se garantuje da uz delo bude naznačeno ime autora. Tehničke mere koje mogu osigurati poštovanje ovog prava u numeričkom okruženju su, najčešće različite tehnike tzv. tetovaže, ali i neki postupci enkripcije. Ugovor o autorskim pravima zaključen u okviru SOIS i Direktiva 2001/29 predviđaju zaštitu prava na paternitet korišćenjem sintagme "informacije o pravnom režimu", uz naglašavanje da se radi o informacijama koje omogućavaju da se identifikuju autor, "delo ili drugi predmet zaštite".²⁷ U praksi, često se radi o internet linku koji može povrediti pravo paterniteta kada vodi do zaštićenog sadržaja, a pri tome sakriva podatke o autoru. Kada se, dakle, radi o zaštiti moralnih prava u užem smislu, svaka tehnička mera čiji je cilj da se ime autora pridruži autorskom delu se može smatrati dozvoljenom, čak i u pravnom sistemu koji, kao što je to trenutno slučaj sa evropskim, delimično ignoriše autorska moralna prava.

3. Definicija tehničkih mera zaštite autorskih prava

Tehničke mere i postupci koji mogu biti primenjeni da bi se zaštitila dela čiji tvorci uživaju neko autorsko ili srodno pravo su toliko brojni da je svaka njihova definicija koja bi pretendovala na iscrpnost unapred osuđena na neuspeh. Pored toga, situacija se dodatno komplikuje zbog činjenice da međunarodni dokumenti u ovoj oblasti navode da se radi o "pravnoj zaštiti tehničkih mera zaštite",²⁸ što dovodi do izražene potrebe teoretičara da analiziraju domet i značenje reči

²⁶ Vivant Michel, *Les contrats du commerce électronique*, Paris, Litec, 1999, str. 49.

²⁷ Član 7-2 Direktive 2001/29.

²⁸ U tom smislu: Herubel Marc, Tarrier Franc, *Mesures techniques de protection des œuvres et DRMS – première partie: un état des lieux, janvier 2003*, Rapport n° 2003-02-(I) du Ministère français de culture et de communication, étude établie par Philippe Chantepie, Chargé de mission à l'Inspection Générale de l'Administration des Affaires Culturelles, str. 47.

"pravna",²⁹ ostavljajući tako malo prostora za pitanje koje nas ovde interesuje: koji je predmet te pravne zaštite? Čak i bez posebne analitičke akribije,³⁰ možemo konstatovati postojanje dva "sloja" zaštite: "dela i drugi predmeti" su zaštićeni tehničkim merama zaštite, koje, sa svoje strane, uživaju "pravnu zaštitu od zloupotrebe". Ovako definisan sistem zaštite samo prividno deluje tautološki, ali to, u svojoj suštini nije; ovde se uspešno može primeniti metafora sendviča: između dva entiteta pravne prirode (dela kao predmet zaštite, sa jedne strane i pravna zaštita od zloupotrebe, sa druge) nalazi se entitet tehničke prirode. Funkcionisanje celine sistema – što, teorijski, deluje sasvim prihvatljivo – umnogome zavisi od središnjeg elementa koji povezuje dva sloja. Drugim rečima, uspeh pravnih instrumenata ovde zavisi od ispravnog shvatanja tehnoloških i njihovog valjanog integrisanja u celinu. U svakom slučaju, nepotrebno je posebno isticati da je priroda pravne zaštite usko povezana sa tipom tehničke mere koja se primenjuje.

3.1. Tehnički i nužno privremeni karakter definicije

Neki tehnički postupci su stvoreni u nameri da odgovore potrebi da se ime autora pridoda samom delu, drugima je cilj pominjanje uslova za korišćenje dela ili bezbedna transmisija dela; neki postupci su isključivo usmereni na numeričko okruženje, a neki se mogu primenjivati i u širem kontekstu. Sve pomenute tehnologije čine sastavni deo tehničkih mera zaštite autorskih dela. Sa druge strane, za njihov razvoj su karakteristične velika brzina i nepredvidljivost: gotovo je nemoguće predvideti tehničke mere koje će doneti naredne decenije. U svakom slučaju, nameće se zaključak da su okolnosti van njihove sfere uticaja nametnule pravicima potrebu da streme ka najširoj mogućoj definiciji tehničkih mera, imajući pre svega u vidu potrebu da takva definicija treba da bude primenjiva u najvećem mogućem broju slučajeva. Pored toga, ta definicija će nužno stalno ostati i privremena, u izvesnoj meri nedovršena i u svakom trenutku podložna tome da bude prevaziđena.

²⁹ Omiljena pravna nedoumica među teoretičarima je pitanje da li je dovoljno ograničiti se na krivične mere. Čini se da negativan odgovor, podstaknut stavom Komiteta Saveta Evrope za cyber-kriminalitet, još uvek nema velike šanse da odnese prevagu.

³⁰ Prve naznake jednog takvog pristupa možemo, u začetnom stadijumu, pronaći u studiji Vivant M., Le Stanc, C. et alii, *Lamy Informatique et Réseaux*, Paris, Lamy, éd. de 2002, n° 2643, citirano prema Vivant, M., Maffre-Bauge A., *op. cit.*, str. 56.

3.2. Iscrpno ili indikativno nabranjanje?

Direktiva 2001/29 u stavu 3, član 6, optira za indikativno nabranjanje: "Za potrebe ove Direktive, pod 'tehničkim merama' podrazumeva se svaka tehnologija, sredstvo ili sastavni deo...", veoma vešto tako izbegavši zamku da nespretno pokuša nabranjanje *numerus clausus*, zamku u koju je, primera radi, upala jedna od ranijih verzija nacrta francuskog zakona o prenošenju direktive u unutrašnji pravni poredak, predloživši ovako formulisano konfuzno nabranjanje: "*svaka tehnologija, proizvod, aparatura, mera, sastavni deo, sredstvo ili način...*".³¹

Sa druge strane, pristalice "slobodnog softvera" su predložile normativno prilagođavanje - koje bi se moglo smatrati savršeno legitimnim sa stanovišta interoperabilnosti sistema - čija se suština sastoji u preciziranju da: "protokol, format, metoda enkripcije, metoda sakrivanja ili transformacije kao takvi ne predstavljaju tehničku meru u smislu ovog Zakona".

Međutim, i pored poštovanja principa interoperabilnosti, ovaj predlog je veoma opasan zbog svog prenatlaženo tehničkog karaktera, imajući u vidu da je podložan tome da bude veoma brzo prevaziđen, pa i zloupotrebljen da bi se opravdalo prevarno postupanje. Pored toga, ovaj primer veoma dobro ilustruje činjenicu da, pri definisanju tehničkih mera zaštite, biti previše iscrpan uvek znači - raditi protiv autora i, u širem smislu, protiv nosilaca autorskih prava. Iz svega navedenog može se zaključiti da je nesumnjivo najbolji pristup onaj koji se sastoji u davanju definicije koja sadrži samo indikativno nabranjanje.

4. Efikasnost zaštite autorskih prava

Veoma brz razvoj inovativnih tehnologija tokom poslednjih decenija dvadesetog veka je, bez svake sumnje, snažno uticao na svetsku ekonomiju. Rađanje fenomena koji se najčešće označava sintagmom "informaciono društvo" je možda najbolji primer ovakvog dubokog, transformativnog uticaja. U tom kontekstu, nameće se potreba da se nacionalna i nadnacionalna normativna rešenja prilagode novoj realnosti; u okviru Evropske unije, samit Evropskog saveta održan u Lisabonu marta 2000. godine je bio trenutak u kome je EU zvanično započela proces tranzicije ka kompetitivnoj i dinamičnoj ekonomiji, zasnovanoj na rastu. Istovremeno, stari i dobro poznati pravni instituti, pre svih institut svojine, morali su da pretrpe duboke mutacije; krajem 19. veka, već je i samo priznavanje, na međunarodnom nivou, prava intelektualne svojine donelo

³¹ Maillard Thierry, La réception des mesures techniques de protection des œuvres en droit français: Commentaire du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, LÉGI-PRESSE 2004, n°208, II, str. 8-15.

značajne promene. Istorijski i pravno posmatrano, sama mogućnost postojanja svojine nad nematerijalnim dobrima predstavljala je malu idejnu revoluciju.³² Čini se, međutim, da je ta revolucija i dalje daleko od svog kraja: trenutni razvoj informacionih mreža je doveo do rađanja čitavog niza pravnih, ekonomskih, političkih, pa čak i filozofskih nedoumica. Tačnije, ovde se radi o mogućnosti široke difuzije dela koja predstavljaju tvorevine ljudskog duha, opasnosti od banalizacije ranije sakro-saktnog akta kreacije, modifikaciji "odnosa razmene u korist auditorijuma (...) koja stvara utisak da je vrednost autorskih prava potpuno nestala u numeričkom okruženju",³³ borbi suprotstavljenih interesa tvoraca i korisnika autorskih dela, borbi koja često dobija formu sukoba između dve duboko nepomirljive socio-političke koncepcije. Ova konfrontacija se može veoma dobro ilustrovati jukstapozicijom dve odredbe preambule Direktive:

"autori, interpretatori ili izvođači, da bi uopšte mogli da nastave svoj kreativni i umetnički rad, treba da uživaju pravo na odgovarajuću naknadu za svako korišćenje njihovih dela, kao što i isto pravo treba da uživaju producenti, kako bi mogli da finansiraju napred pomenuti rad (...) Efikasna zaštita prava intelektualne svojine je neophodna da bi se mogla osigurati takva vrsta naknade i da bi se omogućio zadovoljavajući povraćaj uloženog",³⁴ ali je, istovremeno, neophodno "promovisati široku distribuciju znanja i kulture kroz zaštitu dela i drugih predmeta zaštite, pritom predviđajući izuzetke ili ograničenja u javnom interesu, i to u cilju obrazovanja i podučavanja".³⁵

Međutim, potrebno je imati u vidu i da Evropska unija – kao forma političkog organizovanja koja se zasniva na principima specijaliteta i supsidijarnosti, a čija je zakonodavna aktivnost uvek bila označena pragmatizmom, a veoma često za cilj imala uređenje ekonomskih pitanja – nije mogla da donese obavezujuća pravila za sve probleme u ovoj oblasti. I pored opšteg karaktera njenih odredaba, Direktiva "autorska prava i informaciono društvo" predstavlja odlučujući napredak i "najznačajniji set mera koja je Evropa usvojila (...) u oblasti autorskih

³² Ovde je potrebno posebno podvući tvrdnju izrečenu u tački 9. preambule Direktive 2001/29: "intelektualna svojina se priznaje kao integralni deo svojine u širem smislu".

³³ Soufron Jean-Baptiste, Les limites de la protection technique des données numériques – la directive 2001/29/CE du Parlement Européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur dans la société de l'information, DESS Droit de Multimédia et des Systèmes d'Information, Université de Strasbourg III Robert Schuman, 25 mai 2002, str. 1, <http://soufron.free.fr/files/techniques.pdf>.

³⁴ Tačka 10. preambule Direktive 2001/29.

³⁵ Tačka 14. preambule Direktive 2001/29.

prava",³⁶ kako navodi Fric Bolkeštajn (*Frits Bolkestein*), bivši Komesar EU zadužen za unutrašnje tržište. Ovde je takođe potrebno naglasiti da je prilikom usvajanja Direktive, princip institucionalne ravnoteže u okviru EU primenjen na gotovo savršen način: akt je usvojen u postupku saodlučivanja, dok su kako Evropski parlament tako i Komisija i Savet igrali "ključnu ulogu"³⁷ tokom njegove izrade. Iz svih navedenih razloga, može se pouzdano zaključiti da su ispunjeni svi uslovi da Direktiva ostvari presudan uticaj na budući razvoj autorskog prava Evropske unije.

Ukoliko ostavimo po strani poglavlja I³⁸ i IV³⁹ Direktive koja su opšteg karaktera, postaje očigledno da ona sadrži dva velika normativna bloka: prvi, koji definiše prava titulara i izuzetke u prilog korisnika⁴⁰ i drugi, koji se odnosi na tehničke mere zaštite i režim autorskih prava. Iz ovog razloga, akribičan teorijski pristup bi mogao da navede na zaključak da bi, na ovom mestu, trebalo ignorisati odredbe prvog normativnog bloka i isključivo se orijentisati na tehničke mere u užem smislu (to jest, na član 6. Direktive). Ovakav pristup bi, možda, mogao da donese izvesne nove pravno-teorijske zaključke, ali bi ostavio sasvim po strani sve druge meta-pravne aspekte pitanja pravne zaštite autorskih prava u numeričkom okruženju. Drugim rečima, prepreke za efikasnu primenu tehničkih mera zaštite autorskih prava koje se nalaze kako u samom teorijskom konceptu autorskih prava (problem intrisečnih protivrečnosti) tako i u već stečenim pravima trećih lica (problem pravedne ravnoteže) nužno će iziskivati odgovor koji je uvek prilagodljiv tehnološkim i ekonomskim promenama. Da bi se ostvarila maksimalna efikasnost u zaštiti prava, teorijski najbolje rešenje bi predstavljalo potpuno međunarodno usklađivanje normativnog okvira u svim oblastima koje se tiču povreda autorskih prava i tehničkih mera njihove zaštite. Međutim, i pored toga što neki postojeći akti klasičnog međunarodnog prava, kao što je Sporazum Svetske organizacije za intelektualnu svojinu,⁴¹ sadrže

³⁶ La Commission européenne, Press releases, La commission se félicite de l'adoption par le Conseil de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information, le 9 avril 2001, str. 1.

³⁷ Tekst Direktive usvaja devet tzv. kompromisnih amandmana koje je izglasao Evropski parlament na svom plenarnom zasedanju februara 2001. godine. Pored toga, akt u celini je usvojen konsenzusom, *Ibid.*

³⁸ Poglavlje definiše cilj i oblast primene Direktive.

³⁹ Poglavlje sadrži zajedničke odredbe.

⁴⁰ Radi se, sa jedne strane, o izuzetku u prilog korisnika mreža i, sa druge strane, o iscrpnoj listi fakultativnih izuzetaka od prava autora.

⁴¹ Ovaj Sporazum je potpisan 20. decembra 1996. godine, sa ciljem da se svojinsko-pravna zaštita književnih i umetničkih dela prilagodi savremenom pravnom i tehnološkom okviru. Odredbe koje nas ovde interesuju se mogu naći u članu 8, koji pominje "isključivo pravo ... (autora) da

izvesne opšte odredbe posvećene tehničkim merama zaštite, možemo se u potpunosti složiti sa Perenom (*Perrin*) da se "još uvek nalazimo u periodu traganja za pravim rešenjima, jer (...) u ovom trenutku, bilo da se radi o muzičkoj ili kinematografskoj industriji, izbor mera koje bi bile preduzete još uvek nije načinjen".⁴² Član 6, stav 2 Direktive predstavlja dobar primer potpune harmonizacije; prilikom prenošenja ove norme u svoje unutrašnje pravne poretke, države članice su bile u obavezi da formulaciju odredbe skoro doslovno unesu u domaće zakonodavstvo. U kontekstu brzog tehnološkog razvoja, nema sumnje da bi iscrpno nabrojanje, kombinovano sa velikom preciznošću mera primenjivih na svaku od mogućih situacija, rizikovalo da bude veoma brzo prevaziđeno. Bez ulaženja u pravno-tehničke detalje, u ovoj odredbi se može uočiti lajtmotiv evropskog zakonodavca: da bi aktivnost bila nedozvoljena, potrebno je da je isključivi ili pretežni cilj nekog "sistema, proizvoda ili sastavnog dela" da se zaobiđe ili "olakša zaobilaženje" tehničke mere zaštite autorskog prava. Upravo u ovoj tački nalazimo se pred možda najrečitijim dokazom o tome koliko je teško postići harmoniju (ili, bar, suživot) prava i tehnologije. Ovo se može dokazati kroz dva primera: 1) kako ćemo znati da li je pretežni cilj izvesne tehnologije da omogući zaobilaženje zaštite? Kako postupiti kada je tehnologija stvorena u nameri postizanja sasvim dozvoljenog i legitimnog cilja, ali njena primena može voditi brojnim zloupotrebama? 2) Šta činiti sa tehnologijom stvorenom isključivo sa dozvoljenim ciljem, ali čiji delovi mogu (pretežno ili isključivo) biti upotrebljeni da bi se olakšalo zaobilaženje zaštite? Duboku zabrinutost posebno izaziva činjenica da će sudije koji čine sastavni deo 28 različitih (delimično harmonizovanih) pravnih poredaka biti u poziciji da daju odgovore na ova pitanja. U tom kontekstu, ogroman značaj će imati sudska praksa koju će, u cilju tumačenja odredbe člana 6, stav 2 Direktive, iznedriti Sud pravde EU. Ovde se samo može ponoviti zaključak do koga smo već došli: Direktiva bi postigla veću efikasnost svojih normativnih rešenja da su, pri definisanju akata koji mogu voditi zaobilaženju tehničkih mera zaštite, korišćeni nešto opštiji pojmovi.

Relativno lakonska odredba člana 6, stav 1 Direktive je, na sreću, izbegla svaku vrstu nabrojanja, čak i indikativnog, mogućih formi ili modaliteta zaobilaženja neke tehničke mere zaštite; međutim, ona zahteva efikasnost zaobilaženja, implicitno upućujući na član 6, stav 3. Pored toga, potrebno je da osoba nastoji da

dozvoli svako objavljivanje svog dela elektronskim ili ne-elektronskim putem" i u članu 11, koji definiše "obaveze koje se tiču tehničkih mera".

⁴² Perrin Herwann: *La gestion des DRM en perspective*, Université René Descartes - Paris V, 2009, str. 5.

zaštitu zaobiđe "znajući ili imajući osnova da misli" da se radi o meri čiji je cilj zaštita.

Kao što smo nastojali da dokažemo u ovom poglavlju, pitanje efikasnosti zaštite autorskih prava u velikoj meri zavisi od tehnološkog razvoja i njegovog prilagođavanja različitim pravnim zahtevima. Međutim, ključni izazov u ovoj oblasti, koji se tiče celine pravnog sistema EU u oblasti intelektualne svojine, je primena Direktive na internet. I pored značajnih napora u pravcu njihove harmonizacije, nacionalna zakonodavstva država članica EU u oblasti autorskih prava ostaju bitno različita; istovremeno, kada je postavljeno na internet, autorsko delo je u principu dostupno korisnicima sa teritorije svih država EU, dok isto delo može biti zaštićeno tehničkom merom integrisanom iz neke druge države članice. Da li će postojeća opšta pravila međunarodnog privatnog prava – sadržana u međunarodnim i evropskim konvencijama – i ograničena harmonizacija autorskih prava u EU biti u stanju da odgovore na pitanje prava primenjivog u ovakvim situacijama? Odluka visoke francuske sudske instance u čuvenom predmetu "Yahoo!"⁴³ jasno pokazuje da nacionalni sudovi uglavnom automatski (moglo bi se čak reći – instiktivno) primenjuju domaće pravo. Kako tvrde Lusuarn, Burel i De Varej-Somier (*Loussouarn, Bourel, De Vareilles-Sommieres*) "umesto alternativne, kumulativne ili distributivne primene različitih zakona koji se na slučaj odnose, a u odsustvu transnacionalnih materijalnih odredaba ili pravila o rešavanju sukoba zakona (...) biće najčešće primenjivana nadležnost *lex fori*".⁴⁴ Drugim rečima, evropsko pravo u ovoj oblasti "deluje više fragmentarno nego zajedničko".⁴⁵ I pored značajnog napretka koji je u pravnom sistemu EU donelo usvajanje Direktive "autorska prava i informaciono društvo", tehnološki izazovi efikasnoj zaštiti autorskih prava će nametati stalna prilagođavanja i iziskivati kreativna rešenja.

⁴³ Tribunal de grande instance de Paris, Ordonnance de référé du 20 novembre 2000, UEJF, LICRA c/Yahoo!

⁴⁴ Loussouarn Yvon, Bourel Pierre, De Vareilles-Sommieres Pascal: *Droit international privé*, 8^{ème} édition, Dalloz précis, Paris 2004, str. 549.

⁴⁵ Lorrain Anne-Catherine, Les mesures techniques de protection du droit d'auteur et des droits voisins: quel rôle pour les États membres?, *Droit & Nouvelles technologies* 1/2002, str. 2.

Uroš Ćemalović, PhD.*

Tehnickal Measures for Copyright Protection in the Information Society - Impact of the EU Directive 2001/29

Summary

The system of the legal protection of intellectual property rights and, more specifically, copyright, was originally designed in a technological context where opportunities for the dissemination of works were much more limited than today. The terminus technicus "copyright and neighboring rights" was created to designate the whole of what was originally called "rights on literary and artistic works" (copyright) and many monopolies that arise due to the dissemination of these works (neighboring rights). Furthermore, the creation of the European Community (Union), a new international organization specified by an indisputable legal and political originality, significantly increased – mainly due to the freedom of movement in the Internal Market – the need for a European response on the issues of the protection of copyright. The most important act adopted in this regard is the Directive of the European Parliament and of the Council on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society. The unprecedented growth of means of mass online communication of works that, by definition, do not recognize state borders, necessarily imposed an international perspective to the technical and legal efforts. In other words, technical measures for the protection of copyright must be developed as fast as the technical means of communication of the works protected by these rights. Given the specificity of the European Union as a sui generis international organization, this article focuses on its answer given to the question of copyright in the context of modern technologies. Therefore, after clarifying some important aspects of relations between technical measures and moral rights of authors (Chapter 1), the European Directive 2001/29 called "information society" was analyzed under two major angles: the article focuses on the definition of technical measures for the copyright protection (Chapter 2), before trying to put some more light on the effectiveness of protection of copyright (Chapter 3).

* Assistant Professor Faculty of Law, Public Administration and Defense Megatrend University, Belgrade.

Keywords: Directive 2001/29, Copyright Law, Intellectual Property Law, Information Society, Technological Measures of Protection.

Jovan Vujičić*

UDK 341.231.14(4-672EU)

341.6

str. 49- 74.

UTICAJ EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA NA PRAVO EVROPSKE UNIJE KROZ PRAKSU SUDOVA DRŽAVA ČLANICA I EVROPSKOG SUDA PRAVDE

Apstrakt

U radu su, na primeru zaštite ljudskih prava u pravnom poretku Evropske unije, analizirani stavovi Evropskog suda pravde i nacionalnih sudova, koji se tiču odnosa prava Evropske unije i prava država članica, kao i uticaj koji je Evropska konvencija o ljudskim pravima imala u tom smislu. Konvencija je Sudu pravde poslužila kao korisna smernica prilikom odlučivanja da li je neko pravo obuhvaćeno opštim pravnim načelima, budući da se njome odražavaju zajednički preuzete obaveze od strane svih država članica. Redovno pozivanje na odgovarajuće odredbe Evropske konvencije o ljudskim pravima i njihovo tumačenje dato od strane Evropskog suda za ljudska prava, doprinelo je povećanju kredibiliteta prava Evropske unije u pogledu zaštite ljudskih prava i uticalo je da vrhovni i ustavni sudovi država članica prihvate zaštitu osnovnih prava, obezbeđenu u okviru pravnog poretku Evropske unije, kao delotvornu i suštinski sličnu zaštitu predviđenoj nacionalnim ustavima.

Ključne reči: Evropska konvencija o ljudskim pravima, pravo Evropske unije, Povelja Evropske unije o osnovnim pravima, načelo primata prava Evropske unije.

* Asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

1. Uvod

Ugovori o osnivanju Evropskih zajednica, prvobitno, nisu sadržali odredbe kojima bi se izričito upućivalo na zaštitu ljudskih prava.¹ Međutim, ubrzo je postalo jasno da bi moglo doći do sukoba između mera, tadašnjih, Zajednica i nacionalnih ustavnih odredaba kojima su zajemčena osnovna prava. U početku, Evropski sud pravde nije obraćao pažnju na tu opasnost, ali, kada je postalo jasno da ustavni sudovi država članica ozbiljno shvataju ovaj konflikt, Sud pravde je "okrenuo list".²

Sredstvo koje je Sud pravde upotrebio da bi popunio pravnu prazninu u pogledu zaštite ljudskih prava u pravnom poretku Evropske unije bila su opšta pravna načela. Razloge njihovog stvaranja trebalo bi tražiti upravo u potrebi da se otvoreni, nekompletni i nesavršeni komunitarni pravni poredak učini potpunijim i, pre svega, funkcionalnim.³ Problem je, međutim, bio u tome što opšta pravna načela nisu bila formulisana u osnivačkim ugovorima, već ih je Sud pravde stvarao nakon što je nastao spor, kao rešenje za konkretan slučaj.⁴ Osim što je priznao da su osnovna ljudska prava obuhvaćena opštim pravnim načelima kojima je on dužan da obezbedi pravnu zaštitu, Sud pravde nije unapred odredio njihovu sadržinu,⁵ pa se postavilo pitanje odakle takva prava izvire, odnosno odakle Evropski sud pravde crpi inspiraciju prilikom odlučivanja da li je neko pravo priznato i zaštićeno u pravu Evropske unije. Kao mogući odgovori nametali su se ustavi država članica i njihovi međunarodni ugovori kojima se štite ljudska prava, među kojima je od posebnog značaja Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda⁶ (u daljem tekstu: Evropska konvencija

¹ U vreme zaključivanja osnivačkih ugovora preovladavalo je ubeđenje da su ljudska prava od prvenstvenog značaja za materiju političkih odnosa država i pojedinaca, a kako je ugovorima o osnivanju Evropskih zajednica bila regulisana ekonomska integracija, tvorci prvih ugovora su smatrali da ljudska prava neće biti relevantna za organizaciju čiji je neposredni cilj bio ekonomske prirode. R. Etinski i dr., *Osnovi prava Evropske unije*, Novi Sad, 2010, str. 24; Trevor C. Hartley, *European Union Law in a Global Context, Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2004, str. 297.

² T. C. Hartley, *nav. delo*, str. 297.

³ R. D. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, peto izdanje izmenjeno i dopunjeno Ugovorom o stabilizaciji ekonomske i monetarne unije, Kragujevac, 2012, str. 106.

⁴ Isto.

⁵ R. D. Vukadinović, *Pravo Evropske unije*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Kragujevac, 2006, str. 134.

⁶ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje u fusnotama: Evropska konvencija o ljudskim pravima ili Konvencija) izrađena je u okviru Saveta Evrope. Otvorena je za potpisivanje državama članicama Saveta Evrope od 4. novembra 1950. godine. Nakon potrebnog broja ratifikacija (deset), Konvencija je stupila na snagu 3. septembra 1953. godine.

o ljudskim pravima ili Konvencija) kao "ustavni instrument evropskog javnog poretka u oblasti ljudskih prava".⁷

Iako Unija, još uvek, nije pristupila Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima,⁸ Sud pravde nije mogao zanemariti činjenicu da su je sve države članice ratifikovale.

Evropska konvencija je nakon zaključenja više puta menjana i dopunjavana dodatnim protokolima. Tekst Konvencije, status potpisa i ratifikacija, kao i deklaracije i rezervacije učinjene od strane država članica, dostupni su na zvaničnom sajtu Kancelarije za Ugovore Saveta Evrope: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CM=8&DF=29/01/2014&CL=ENG>.

⁷ Presude Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu u predmetima *Loizidou v Turkey (Preliminary Objections)* (Application no. 15318/89), od 23.03.1995, tač. 75; *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret et Anonim Şirketi v Ireland* (Application no. 45036/98), od 30.06.2005, tač. 156.

⁸ Sporazumom iz Lisabona predviđen je pravni osnov i obaveza (članom 6. st. 2. Ugovora o Evropskoj uniji je propisano "da će Unija pristupiti") pristupanja Unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, dok je članom 59. st. 2. Evropske konvencije o ljudskim pravima, izmenjene Protokolom br. 14, predviđena mogućnost da nedržavni entitet, Evropska unija, pristupi Konvenciji. Zahvaljujući ovim amandmanima, zvanični pregovori između Komisije i Saveta Evrope o pristupanju Unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima počeli su 7. jula 2010. godine. Komisija istupa u ime Evropske unije na osnovu ovlašćenja koje je dobila na sastanku ministara pravde u Savetu ministara, 4. juna 2010. godine. Prethodnog meseca, Komitet ministara Saveta Evrope dao je *ad hoc* mandat svom Upravnom odboru za ljudska prava da sa zvaničnicima Komisije razradi pravni instrument neophodan za pristupanje Evropske unije Konvenciji. Potom je formirana radna grupa sastavljena od pravnih stručnjaka, predstavnika Komisije i Upravnog odbora za ljudska prava Saveta Evrope. U periodu od jula 2010. do juna 2011. godine održano je ukupno osam radnih sastanaka. Prvobitni nacrt ugovora o pristupanju izrađen je u februaru 2011. godine, međutim, u njemu je ostalo više nerešenih pravnih pitanja koja su zahtevala dalju diskusiju, pa je izmenjena verzija nacrtu ugovora o pristupanju Unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, zajedno sa eksplanatornim izveštajem, objavljena 19. jula 2011. godine. Nacrt ugovora i eksplanatorni izveštaj kasnije su završeni na vanrednoj sednici Upravnog odbora za ljudska prava, održanoj u periodu od 12. do 14. oktobra 2011. godine. Nacrt ugovora o pristupanju Unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima prosleđen je Komitetu ministara Saveta Evrope na dalje razmatranje. Budući da više država članica i dalje ima izvesne rezerve u pogledu usvojenih rešenja, ne može se u potpunosti isključiti mogućnost da verzija nacrtu od 14. oktobra 2011. godine bude izmenjena.

Pod uslovom da ga Komitet ministara usvoji, ugovor o pristupanju će stupiti na snagu nakon prevazilaženja izvesnog broja prepreka. Najpre, potrebno je da ugovor o pristupanju bude potpisan od strane, sadašnjih, 47 država ugovornica Evropske konvencije o ljudskim pravima i Evropske unije. Evropska unija će, zatim, imati mogućnost da stavi rezerve na Konvenciju, u meri u kojoj pravo EU, važeće na dan potpisivanja ugovora o pristupanju, nije u skladu sa bilo kojom odredbom Konvencije. Odluku o zaključenju ugovora doneće Savet, jednoglasno, pri čemu, Evropski parlament, koji mora biti potpuno obavešten o svim fazama pregovora, prethodno mora dati saglasnost. Zatim je potrebno da odluku o zaključenju ratifikuju države članice EU u skladu sa njihovim ustavnim pravilima. Ugovor o pristupanju, takođe, moraju

Konvencijom, sa jedne strane, nije zabranjeno državama ugovornicama da prenose suverena ovlašćenja na međunarodnu, uključujući i nadnacionalnu, organizaciju u cilju sprovođenja saradnje u određenim oblastima,⁹ dok je, sa druge strane, prihvaćeno da države ugovornice ostaju i dalje odgovorne u slučaju takvog prenosa ovlašćenja za sve radnje ili propuštanja svojih organa, bez obzira da li su oni posledica unutrašnjeg prava ili neophodnosti postupanja u skladu sa međunarodnopravnim obavezama.¹⁰ Otuda se postavlja pitanje standarda zaštite ljudskih prava u pravnom poretku Evropske unije. Drugim rečima, ukoliko bi Evropska konvencija o ljudskim pravima bila prihvaćena kao izvor, ili barem smernica, prilikom odlučivanja o prirodi i obimu nekog prava, kao sporno, nameće se pitanje da li bi u takvom slučaju Evropski sud pravde bio obavezan standardom zaštite predviđenim Konvencijom, i u tom smislu praksom Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu.

Paralelno sa traženjem odgovora na ova pitanja vođena je rasprava i o odnosu prava Evropske unije i prava država članica. Zaštita ljudskih prava poslužila je kao šlagvort i Evropskom sudu pravde i vrhovnim i ustavnim sudovima država članica, da svako iz svoje perspektive istakne i utvrdi superiornost svog prava. Zbog toga će u radu, na primeru zaštite ljudskih prava u pravnom poretku Evropske unije, biti analizirani stavovi Evropskog suda pravde i nacionalnih sudova, koji se tiču odnosa prava Evropske unije i prava država članica, kao i uticaj koji je Evropska konvencija o ljudskim pravima imala u tom smislu.

2. Postepeno prihvatanje ljudskih prava u pravnom poretku Evropske unije

2.1. Praksa Evropskog suda pravde

Pitanje zaštite ljudskih prava postavljeno je pred Sudom pravde već krajem 50-ih godina prošlog veka. U početku, Sud pravde je u više slučajeva odbio pokušaje stranaka u postupku da kao pravni osnov svojih zahteva iskoriste načela i prava

ratifikovati i sve države ugovornice Evropske konvencije o ljudskim pravima, uključujući i one koje su države članice EU, takođe, u skladu sa unutrašnjim ustavnim zahtevima. "European Commission and Council of Europe kick off joint talks on EU's accession to the Convention on Human Rights", European Commission - IP/10/906 07/07/2010, dostupno na adresi: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-906_en.htm, 25.01.2014; Xavier Groussot, Tobias Lock, Laurent Pech, "EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011", *Foundation Robert Schuman, Policy Paper, European issues* n°218, 7th November 2011, str. 2, 16. i 17.

⁹ Nav. presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Bosphorus v Ireland*, tač. 152, prva rečenica.

¹⁰ *Isto*, tač. 153, prva rečenica.

priznata u nacionalnim pravima država članica, jer nije bio spreman da ih prihvati kao deo komunitarnog pravnog poretka,¹¹ čak i kada su predstavljala osnovna načela zajednička pravnim sistemima svih ili većine država članica. Tako je u predmetu *Stork*¹² u kome se odlučivalo o zahtevu za poništaj odluke Visoke vlasti Evropske zajednice za uglj i čelik, argument podnosioca zahteva *Friedrich Stork & Cie*, nemačkog trgovca ugljem na veliko, da su osporenim odlukom povređena osnovna prava garantovana ustavima gotovo svih država članica i kojima se ograničava polje primene Ugovora,¹³ Sud odbio kao neosnovan.¹⁴ U obrazloženju,¹⁵ Sud je naveo da je na osnovu Ugovora Visoka vlast, kao organ Evropske zajednice za uglj i čelik, jedino dužna da primenjuje komunitarno pravo, i da nije nadležna da primenjuje nacionalno pravo država članica. Isto tako, od Suda se samo zahteva da prilikom tumačenja i primene Ugovora, kao i pravila propisanih za njegovo sprovođenje, obezbedi poštovanje prava, pri čemu, nije na Sudu, koji je nadležan za utvrđivanje punovažnosti akata koje su doneli organi ili tela Unije, da osigura da se pri tome poštuju pravila unutrašnjeg prava, uključujući i ustavna pravila. Stoga, Sud ne može ni tumačiti, niti primenjivati odredbe ustava država članica prilikom ocene zakonitosti osporene odluke.¹⁶ U predmetu *Geitling* Sud pravde je otišao i korak dalje istakavši da komunitarno pravo ne sadrži opšte načelo kojim se, izričito ili prećutno, garantuju stečena prava.¹⁷

¹¹ Oklevanje Evropskog suda pravde da prihvati zaštitu ljudskih prava kao sastavni deo komunitarnog prava može se objasniti strahom da bi time moglo doći do preklapanja njegove nadležnosti sa nadležnošću Evropskog suda za ljudskih prava u Strazburu. R. D. Vukadinović, *Pravo Evropske...*, str. 135. i 136. Takođe, razloge ovakvog postupanja Suda pravde trebalo bi tražiti i u izbegavanju opasnosti da nacionalni sudovi u postupku ocene komunitarnih propisa dovedu u pitanje primat komunitarnog prava. R. D. Vukadinović, *Uvod u institucije...*, str. 62.

¹² Predmet 1/58 *Friedrich Stork & Cie v High Authority of the European Coal and Steel Community* [1959] ECR 17.

¹³ Kao primer, navedeni su čl. 2. i 12. Osnovnog zakona (*Grundgesetz*) Savezne Republike Nemačke, kojima je svakom građaninu priznato nepovredivo pravo na slobodan razvoj ličnosti i slobodan izbor trgovine, zanimanja ili profesije. *Isto*, str. 24.

¹⁴ *Isto*, str. 26, tač. 4.

¹⁵ *Isto*.

¹⁶ Spojeni predmeti 36, 37, 38/59 i 40/59 *Präsident Ruhrkolen-Verkaufsgesellschaft mbH, Geitling Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH, Mausegatt Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH and I. Nold KG v High Authority of the European Coal and Steel Community* [1960] ECR 423, str. 438.

¹⁷ *Isto*, str. 439.

Ublažavanje mišljenja Suda pravde u odnosu na opšta pravna načela kojima se štite osnovna ljudska prava nagovešteno je u predmetu *Sgarlata*.¹⁸ U ovom slučaju, Sud nije ponovio radikalni stav iz predmeta *Geitling*, već je odbio da raspravlja o mogućnosti da "opšta načela obavezujuća u svim državama članicama" posluže kao osnov dopuštenosti zahteva za poništaj akata organa, tada, Evropske ekonomske zajednice. Međutim, ne isključujući njihovo postojanje, Sud pravde je priznao prednost odredbi Ugovora o osnivanju.¹⁹

Stav Suda pravde, da "nacionalna osnovna prava" ne mogu biti direktan izvor "evropskih osnovnih prava", nikada nije promenjen.²⁰ Međutim, zaštita ljudskih prava u pravnom poretku Unije je evoluirala.²¹ Za razliku od ranije navedenih slučajeva, u kojima se raspravljalo o usklađenosti akata i mera donetih od strane organa Evropskih zajednica, sa nacionalnim pravima, u predmetu *Stauder*,²² kao prethodno, postavljeno je pitanje njihove valjanosti u odnosu na opšta pravna načela komunitarnog prava.²³ Pitanjem formulisanim na ovaj način, nije osporeno načelo superiornosti prava Evropske unije,²⁴ koje je Sud pravde utvrdio nekoliko godina ranije u predmetu *Costa v ENEL*.²⁵

Nakon proglašenja doktrine o supremaciji, o njenim posledicama, a posebno o riziku da ljudska prava zaštićena nacionalnim ustavima mogu biti narušena, vođena je žestoka rasprava unutar Evropske Komisije i Parlamenta.²⁶ Takođe, i prema shvatanju nemačkih sudova,²⁷ načelo primata supranacionalnog prava

¹⁸ Predmet 40/64 *Marcello Sgarlata and others v Commission of the EEC* [1965] ECR 215.

¹⁹ *Isto*, str. 227.

²⁰ Robert Schütze, *An Introduction to European Law*, Cambridge University Press, 2012, str. 85-86.

²¹ *Isto*, str. 86; B. Košutić, *Osnovi prava Evropske unije*, Beograd, 2010, str. 283-286.

²² Predmet 29/69 *Erich Stauder v City of Ulm - Sozialamt* [1969] ECR 419.

²³ Kao i Sud pravde u presudama donesenim u prethodno navedenim slučajevima, tako je i Komisija, u zapažanjima koja je iznela u ovom predmetu, istakla da je komunitarno pravo jedino pravo koje obavezuje institucije, tada, Evropske ekonomske zajednice i da Sud može ispitati pravila koja su one usvojile samo u smislu tog prava. *Nav. predmet Stauder v Ulm*, str. 422. Vid. zapažanja Komisije u pogledu dejstva komunitarnog prava, pisanog i nepisanog, i u nekim kasnijim predmetima, npr. u predmetu 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] ECR 1125, str. 1131.

²⁴ B. Košutić, *nav. delo*, str. 284; N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2007, str. 274.

²⁵ Predmet 6/64 *Flaminio Costa v ENEL* [1964] ECR 585.

²⁶ P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases, and Materials*, fifth edition, Oxford University Press, 2011, str. 364.

²⁷ Videti razloge koje su posebno istakli Upravni sudovi iz Frankfurta i Nojštata an der Vajnštrose u svojim zahtevima za odlučivanje o prethodnim pitanjima, upućenim Sudu pravde u *nav.*

bilo bi u suprotnosti sa nemačkim Osnovnim zakonom (*Grundgesetz*), ako se komunitarnim pravnim pravilima ne bi poštovala elementarna, osnovna prava garantovana Ustavom i suštinskim strukturnim principima nacionalnog prava. U takvim slučajevima, odbijanje nacionalnih sudova da priznaju punovažnost odredbama komunitarnog prava imalo bi za posledicu pravnu nesigurnost, koju je neophodno okončati.²⁸ Vlada Savezne Republike Nemačke iznela je mišljenje da je neophodno utvrditi da li iz Ugovora može biti izvedena nepisana rezervacija u korist ustava država članica, a naročito, u korist osnovnih prava priznatih tim ustavima, ili da li su Ugovorima predviđena individualna prava slična ili jednaka ljudskim pravima opšteprihvaćenim u državama članicama ili utvrđenim Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.²⁹ Kao moguće rešenje, predsednik Komisije Valter Halštajn (*Walter Hallstein*) je predlagao da osnovna ljudska prava budu shvaćena kao deo opštih pravnih načela, koja, iako prema izvoru samostalna u odnosu na nacionalne ustave, uzimaju u obzir zajedničke pravne koncepcije država članica.³⁰

U predmetima *Internationale Handelsgesellschaft* i *Hauer*, Sud pravde je potvrdio ranije zauzeti stav da se prilikom ocene zakonitosti mera donetih od strane institucija, tada, Evropske ekonomske zajednice može vršiti samo u svetlu komunitarnog prava, dodajući da se pribegavanjem pravnim pravilima i konceptima nacionalnog prava štetno utiče na jednoobraznost i delotvornost prava Zajednice, i nužno dovodi do razaranja jedinstva zajedničkog tržišta i ugrožavanja kohezije Zajednice.³¹ Pravo koje proističe iz Ugovora, kao nezavisnog izvora prava, ne može zbog svoje prirode biti podređeno nacionalnim pravilima, bez obzira na njihov izvor, a da ne bude lišeno svog karaktera i bez dovođenja u pitanje pravnog osnova same Zajednice.³² Međutim, može se utvrđivati da li je povređena neka analogna garancija svojstvena

predmetu Internationale Handelsgesellschaft v Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide, str. 1128, odnosno u predmetu 44/79 *Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz* [1979] ECR 3727, str. 3744, par. 13.

²⁸ Ne osporavajući načelo superiornosti komunitarnog prava, Upravni sud iz Štutgarta je istakao da osnovna prava zaštićena u nemačkom pravnom sistemu moraju, barem delimično, biti jednako garantovana od strane institucija Zajednice, i to kao deo zaštite dobijene odredbama prava Zajednice. *Nav. predmet Stauder v Ulm*, str. 421.

²⁹ *Nav. predmet Internationale Handelsgesellschaft v Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide*, str. 1131.

³⁰ P. Craig, G. De Búrca, *nav. delo*, str. 364. i 365.

³¹ *Nav. predmet Internationale Handelsgesellschaft v Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide*, str. 1134, tač. 3; *nav. predmet Hauer v Land Rheinland-Pfalz*, str. 3744, tač. 14.

³² *Nav. predmet Internationale Handelsgesellschaft v Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide*, str. 1134, tač. 3.

komunitarnom pravu.³³ Sledeći "uzgrednu izreku"³⁴ iz predmeta *Stauder*,³⁵ Sud pravde je istakao da osnovna prava čine sastavni deo opštih pravnih načela koja on štiti. Zaštita takvih prava, iako inspirisana ustavnim tradicijama zajedničkim državama članicama, mora biti obezbeđena u okviru strukture i ciljeva Zajednice.³⁶ U skladu sa tim, Sud pravde je u predmetu *Hauer* zauzeo stav da sumnje koje ispoljavaju nacionalni sudovi u pogledu kompatibilnosti akata koje donose organi Zajednice sa pravilima koja se tiču ljudskih prava moraju biti shvaćene kao ispitivanje valjanosti akata u smislu komunitarnog prava.³⁷

Smatra se da su presude u navedenim predmetima predstavljale odgovor Suda pravde na zabrinutost nacionalnih ustavnih sudova da ljudska prava nisu adekvatno zaštićena na komunitarnom nivou.³⁸ Razlog za ovaj preokret u praksi Suda pravde je njegova namera da uveri ustavne sudove država da nema potrebe da procenjuju usklađenost komunitarnih akata sa odredbama o ljudskim pravima sadržanim u nacionalnim ustavima, jer bi to ugrozilo superiornost i

³³ *Isto*, str. 1134, par. 4. U skladu sa ovim stavom je i mišljenje opšteg pravobranioca Madura (Poiars Maduro), dato u predmetu C-127/07 *Société Arcelor Atlantique et Lorraine and Others v Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable and Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* [2008] ECR I-9895, da Državni savet Francuske, koji je Sudu pravde uputio zahtev za odlučivanje o prethodnom pitanju, koje se tiče usklađenosti Uputstva sa načelom jednakosti, zapravo od Suda pravde traži, ne da proveri da li je ono usaglašeno sa nacionalnim ustavnim vrednostima, što on, svakako, ne bi mogao da uradi, već da ispita njegovu punovažnost u smislu "analognih evropskih ustavnih vrednosti". Ukoliko bi od suda države članice bilo zahtevano da odluči o usklađenosti Uputstva sa nacionalnim Ustavom, on bi bio suočen sa zadatkom koji je nemoguće rešiti "... da pomiri nepomirljivo: kako da zaštititi Ustav u okviru unutrašnjeg pravnog poretka bez kršenja iskonskog zahteva za prvenstvom prava Zajednice?" Opinion of Mr Advocate General Poiars Maduro, tač. 15.

³⁴ R. Lawson, "Confusion and Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg", u: R. Lawson, M. De Blois (eds.), *The Dynamics of the Protection of the Rights in Europe*, Essays in Honour of Henry Schermers, Vol III, Martinus Nijhof Publishers, 1994, dostupno na adresi: https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/3137/356_005.pdf?sequence=1, 25.11.2013, str. 221, fn. 7.

³⁵ Tumačeći relevantnu odredbu osporene Odluke, Evropski sud pravde je zaključio da u njoj nije sadržano bilo šta čime bi se mogla povrediti "osnovna ljudska prava sadržana u opštim načelima komunitarnog prava i zaštićena od strane Suda". Nav. predmet *Stauder v Ulm*, str. 425, tač. 7.

³⁶ Nav. predmet *Internationale Handelsgesellschaft v Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide*, str. 1134, tač. 4.

³⁷ Nav. predmet *Hauer v Land Rheinland-Pfalz*, str. 3745, tač. 16.

³⁸ R. Lawson, *nav. članak*, str. 222.

autonomiju komunitarnog prava.³⁹ Ipak, presuda u predmetu *Internationale Handelsgesellschaft* dovela je do ozbiljnog sukoba između nemačkog Ustavnog suda i Evropskog suda pravde.

2.2. Reakcija sudova država članica

Nakon što je Evropski sud pravde doneo presudu u slučaju *Internationale Handelsgesellschaft*, predmet je vraćen Upravnom sudu iz Frankfurta, koji se, uprkos zaključku Suda pravde da sporne odredbe Uredbi nisu protivrečne konceptu zaštite osnovnih prava u pravnom poretku Zajednice, obratio Saveznom ustavnom sudu Nemačke (*Bundesverfassungsgericht*) sa zahtevom da oceni saglasnost osporenih Uredbi sa odredbama o ljudskim pravima i slobodama iz nemačkog Ustava. Ustavni sud je povodom ovog zahteva 1974. godine doneo presudu⁴⁰ koja je poznata kao *Solange I*.⁴¹

Ustavni sud je najpre razmatrao da li je nadležan da postupa po zahtevu koji mu je upućen. Odgovor na ovo pitanje zavisio je od toga da li je komunitarno zakonodavstvo podređeno Osnovnom zakonu Nemačke. U svojoj presudi, Ustavni sud Nemačke je istakao da je deo Ustava koji se odnosi na osnovna prava njegova neotuđiva suštinska karakteristika koja čini sastavni deo njegove strukture, koja predstavlja osnovu njegovog identiteta, i koja ne može biti promenjena bez formalnih izmena i dopuna Ustava. Za rešavanje sukoba između komunitarnog prava i ustavnih garancija datih osnovnim pravima, prema stavu nemačkog ustavnog suda, od ključnog značaja je stanje integracije, koje je ostvareno u okviru, tadašnje, Evropske ekonomske zajednice. S obzirom da je Zajednici nedostajao demokratski legitiman Parlament, neposredno izabran opštim pravom glasa, koji raspolaze zakonodavnim ovlašćenjima, i kome su organi Zajednice, ovlašćeni da donose propise, potpuno politički odgovorni, i budući da Zajednica još uvek nije imala kodifikovan katalog osnovnih prava, čija suština odgovara suštini prava zajemčenih nemačkim Ustavom, prednost mora biti priznata Ustavu sve dok (nem. *solange*) nadležni organi Zajednice ne uklone sukob normi u skladu sa mehanizmom predviđenim Ugovorom.

³⁹ Isto; B. Košutić, *nav. delo*, str. 284; Gráinne de Búrca, "The Evolution of EU Human Rights Law", u: Paul Craig, Gráinne de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, second edition, Oxford University Press, 2011, str. 478.

⁴⁰ BVerfGE 37, 271, predmet 2 BvL 52/71, od 29.05.1974, dostupno na adresi: http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=588#top, 25.11.2013.

⁴¹ Ovaj naziv potiče od nemačke reči *solange*, koja znači "sve dok".

Uzevši u obzir napredak koji je, u pogledu zaštite osnovnih prava, ostvaren u komunitarnom pravnom poretku od 1974. godine, uključujući činjenicu da su sve države članice pristupile Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, usvajanje, od strane institucija Zajednice, različitih deklaracija o pravima i demokratiji, a naročito praksu Suda pravde, nemački Savezni ustavni sud je 1986. godine doneo presudu, poznatu pod nazivom *Solange II*,⁴² u kojoj je utvrdio da sve dok je u okviru Evropskih zajednica generalno obezbeđena delotvorna zaštita osnovnih prava u odnosu prema suverenim ovlašćenjima Zajednica, koja se može smatrati suštinski sličnom zaštiti koju bezuslovno pruža Ustav, i u meri u kojoj se njome obezbeđuje bitan sadržaj osnovnih prava, Savezni ustavni sud neće više vršiti svoju nadležnost da odlučuje o primenljivosti sekundarnog zakonodavstva navedenog kao pravni osnov bilo kog akta nemačkih sudova ili drugih vlasti, i neće više razmatrati takvo zakonodavstvo u odnosu na standard zaštite osnovnih prava sadržan u Ustavu. Iako se iz navedene presude nesumnjivo može zaključiti da je sukob između prava Evropske unije i nacionalnog prava manje verovatan, isto tako je nesporno da se Ustavni sud nije odrekao svoje nadležnosti, već je samo izrekao da je neće vršiti sve dok se postojeći uslovi zaštite osnovnih prava od strane Suda pravde ne promene.⁴³

Potvrdu stava da je Savezni ustavni sud Nemačke zadržao poslednju reč prilikom odlučivanja o eventualnoj povredi osnovnih prava nekom merom koju je preduzela Unija pružaju njegove presude u kasnijim predmetima. Tako je u predmetu *Brunner*, koji se još naziva i *Maastricht* slučaj,⁴⁴ istakao da će nastaviti da štiti osnovna ljudska prava građana Nemačke, s tim što će u tome sarađivati sa Evropskim sudom pravde. Iste stavove Ustavni sud Nemačke izneo je i u presudi u predmetu koji se ticao osporavanja ustavnosti ratifikacije Ugovora iz Lisabona.⁴⁵ Takođe, u predmetu koji se odnosio na Uredbu EZ 404/93, kojom su bila regulisana neka pitanja režima uvoza banana, nemački Ustavni sud je istakao da je osporavanje sekundarnog prava Evropske unije pozivanjem na osnovna prava priznata nemačkim Ustavom *nedopušteno, osim ako se dokazuje* da je opšti

⁴² BVerfGE 73, 339, predmet 2 BvR 197/83, od 22.10.1986, dostupno na adresi: http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=572, 25.11.2013.

⁴³ P. Craig, G. De Búrca, *nav. delo*, str. 275.

⁴⁴ BVerfGE 89, 155, predmeti 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, od 12.10.1993, dostupno na adresi: http://www.judicialstudies.unr.edu/JS_Summer09/JS_Week_1/German%20ConstCourt%20Maastricht.pdf, 01.12.2013.

⁴⁵ BVerfG, predmet 2 BvE 2/08, od 30.06.2009, dostupno na adresi: http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html, 01.12.2013.

nivo zaštite u pravnom poretku Evropske unije, uključujući praksu Suda pravde nakon presude *Solange II*, ispod neophodnog stepena zaštite.

Osim nemačkog Saveznog ustavnog suda, vrhovni i ustavni sudovi i drugih država članica, pa čak i onih koje pripadaju monističkoj tradiciji,⁴⁶ odbijajući da prihvate apsolutnu suprematiju prava Evropske unije, smatrali su da nacionalnim sudovima i dalje pripada uloga zaštitnika osnovnih ljudskih prava priznatih u unutrašnjem pravnom poretku, i da je na njima da daju konačan sud u slučaju sukoba između prava Evropske unije i nacionalnog prava, koji se tiče eventualne povrede osnovnih prava.⁴⁷ Drugim rečima, nacionalni sudovi su prihvatili načelo primata prava Evropske unije uz određena ograničenja, među kojima je i zaštita osnovnih prava zajemčenih Ustavom,⁴⁸ ili kako je to istakao Savezni ustavni sud Nemačke u predmetu *Honeywell*, superiornost prava

⁴⁶ Izuzetak predstavlja Holandija. Dok, npr. u Španiji prvenstvo prava Evropske unije, iako načelno prihvaćeno, podleže ograničenjima. Ustavni sud Španije je u presudi iz 2004. godine, koja se odnosila na ocenu usklađenosti Ugovora o Ustavu za Evropu sa španskim Ustavom, napravio razliku između prvenstva (špan. *primacia*) prava Evropske unije i suprematije (špan. *supremacia*) Ustava, u tom smislu da prvenstvo prava EU ne podrazumeva "hijerarhijsku superiornost" već "egzistencijalni zahtev" tog prava, da bi u praksi ostvarilo direktno dejstvo i jednaku primenu u svim državama članicama. Na osnovu prvenstva prava EU, može biti zamenjena nesaglasna odredba nacionalnog prava. Sa druge strane, suprematija Ustava podrazumeva da on predstavlja izvor iz koga proizilazi prvenstvo prava EU u unutrašnjem pravnom poretku, i da on sadrži suštinske vrednosti i principe koji ne mogu biti "nadjačani" pravom Evropske unije. *Tribunal Constitucional de España, Declaration 1/2004*, dostupno na adresi: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/restrad/Paginas/DTC122004en.aspx>, 10.12.2013. B. de Witte, "Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order", u: P. Craig, G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, second edition, Oxford University Press, 2011, str. 351. fn. 99, i 354.

⁴⁷ Više o tome P. Craig, G. De Búrca, *nav. delo*, str. 268-296. Ovakvo postupanje ustavnih sudova u zemljama Centralne i Istočne Evrope, naročito ustavnih sudova u Češkoj, Mađarskoj i Poljskoj, koje su 2004. godine postale punopravne članice Evropske unije, u teoriji je okarakterisano kao paradoksalno. Naime, iako je pristupanje Uniji u ovim zemljama viđeno kao najstabilnija garancija ljudskih prava i demokratije, njihovi ustavni sudovi su, zatim, ograničavali integraciju opirući se superiornosti prava Evropske unije po istim ovim osnovama. Staviše, isti ti sudovi su se pozivali na standarde zaštite ljudskih prava u Evropskoj uniji da bi osnažili svoje argumente o konsolidovanju demokratije u svojim državama, pri čemu, naravno, to nisu činili u kontekstu u kome su postavljena pitanja primata i direktnog dejstva prava Evropske unije. Vid. Wojciech Sadurski, "Solange, chapter 3": Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union", *EUI Working Papers*, Law No. 2006/40.

⁴⁸ Osim zaštite osnovnih prava, prihvatanje suprematije prava Evropske unije podleže i ograničenjima koja se odnose na određivanje obima nadležnosti Evropske unije (*Kompetenz-Kompetenz*) i na zaštitu ustavnog identiteta.

Evropske unije, za razliku od superiornosti federalnog prava, ne može biti sveobuhvatna.⁴⁹

Na osnovu ovoga zaključujemo da načelo primata prava Evropske unije ima "dve dimenzije",⁵⁰ "dva lica",⁵¹ odnosno da su o njemu razvijene dve različite priče⁵² od strane Suda pravde i ustavnih sudova država članica. Međutim, iako čvrsto isticana, ova kontrola je u praksi retko sprovedena od strane nacionalnih sudova.⁵³ Ipak, ona ostaje kao jasna protivteža doktrini Suda pravde o superiornosti i autonomiji prava Evropske unije, i njome se može uticati na Sud pravde da pokaže više osetljivosti za zabrinutost ustavnih sudova država članica.⁵⁴

3. Standard zaštite ljudskih prava u pravnom poretku Evropske unije

Način na koji je formulisana presuda u predmetu *Nold*, navodi na zaključak da su međunarodni ugovori kojima se štite osnovna ljudska prava od manjeg značaja za Sud pravde nego što su to ustavi država članica.⁵⁵ Čini se, međutim, da su uglavnom istorijski razlozi⁵⁶ uticali na ovo oprezno i posredno upućivanje na, u suštini, Evropsku konvenciju o ljudskim pravima.⁵⁷ Ohrabren Zajedničkom deklaracijom Evropskog parlamenta, Saveta i Komisije od 5. aprila 1977. godine⁵⁸

⁴⁹ BVerfG, 2 BvR 2661/06, 06.07.2010, dostupno na adresi: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20100706_2bvr266106en.html, 01.12.2013, tač. 54.

⁵⁰ P. Craig, G. De Búrca, *nav. delo*, str. 268.

⁵¹ W. Sadurski, *nav. delo*, str. 30.

⁵² M. P. Maduro, "Three Claims of Constitutional Pluralism", dostupno na adresi: <http://www.wzb.eu/sites/default/files/veranstaltungen/miguelmadurothreeclaimsofconstitutionalpluralismhu-collmay152012.pdf>, 01.12.2013, str. 11.

⁵³ W. Sadurski, *nav. delo*, str. 10. i 22, ukazuje na "upečatljivu suprotnost između tona i ishoda" presuda ustavnih sudova, odnosno između onoga što su sudovi "radili" i onoga što su "govorili", ili preciznije, onoga što su "govorili da će možda biti primorani da urade u budućnosti".

⁵⁴ P. Craig, G. De Búrca, *nav. delo*, str. 300.

⁵⁵ R. Lawson, *nav. članak*, str. 223.

⁵⁶ Misli se na neuspeh u ratifikaciji pariskih ugovora o Evropskoj odbrambenoj i Evropskoj političkoj zajednici, čijim odredbama je, *inter alia*, bila predviđena primena odredaba Evropske konvencije o ljudskim pravima i ključna uloga njenih institucija prilikom presuđivanja o, eventualnoj, povredi ljudskih prava. Više o tome vid. G. De Búrca, *nav. članak*, naročito str. 465-475.

⁵⁷ R. Lawson, *nav. članak*, str. 223.

⁵⁸ Pozivajući se na praksu Suda pravde, u kojoj je priznato da su pravom Zajednice, osim ugovora i sekundarnog zakonodavstva, obuhvaćena i opšta pravna načela, a posebno principi i osnovna prava na kojima su zasnovani Ustavi država članica, kao i na činjenicu da su sve države članice

i Preambulom Jedinstvenog evropskog akta,⁵⁹ u kojoj je nagovešteno "ozakonjenje" poštovanja osnovnih prava,⁶⁰ Sud pravde je u kasnijim predmetima⁶¹ Konvenciji priznao posebno mesto kao izvoru osnovnih prava. Ova "promena naglasaka"⁶² je kasnije potvrđena Ugovorom o osnivanju Evropske unije iz Maastrichta.⁶³ U cilju boljeg razumevanja uticaja koji Evropska konvencija o ljudskim pravima ima na zaštitu osnovnih prava, ukratko ćemo se osvrnuti na zajedničku ustavnu tradiciju država članica kao izvor inspiracije Evropskog suda pravde.

ratifikovale Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, Evropski parlament, Savet i Komisija naglasili su značaj koji oni pridaju zaštiti osnovnih prava, koja potiču, naročito, iz ustava država članica i Evropske konvencije o ljudskim pravima. Takođe, izjavili su da, u vršenju svojih ovlašćenja i prilikom ostvarivanja ciljeva Evropskih zajednica, oni poštuju i nastaviće da poštuju osnovna prava. Official Journal of the European Communities, No C 103/1, 27.04.1977, dostupno na adresi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1977:103:0001:0001:EN:PDF>, 01.12.2013. Iako Deklaracija nije pravno obavezujući akt, zajednička izjava tri političke institucije imala je simboličan značaj, ukazujući da ovi organi Evropske unije podržavaju izvođenje prava, od strane Suda pravde, iz Evropske konvencije o ljudskim pravima i ustavnih načela država članica. G. De Búrca, *nav. članak*, str. 479. Pored ostalog, nemački Savezni ustavni sud se pozvao i na ovu Deklaraciju u svojoj presudi *Solange II*.

⁵⁹ U Preambuli Jedinstvenog evropskog akta istaknuto je da su države članice odlučne da rade zajedno na razvoju demokratije na temelju osnovnih prava priznatih njihovim ustavima i zakonima, Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Evropskom socijalnom poveljom.

⁶⁰ R. D. Vukadinović, *Pravo Evropske...*, str. 135.

⁶¹ Vid. predmete 222/84 Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary [1986] ECR 1651, str. 1682, tač. 18; 249/86 Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany [1989] ECR 1263, str. 1290, tač. 10; 46/87 i 227/88 Hoechst AG v Commission of the European Communities [1989] ECR 2859, str. 2923, tač. 13; C-260/89 Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas and others [1991] ECR I-2925, str. I-2963 (tač. 41) i I-2964 (tač. 42-45).

⁶² R. Lawson, *nav. članak*, str. 223.

⁶³ Evropska unija će poštovati osnovna prava garantovana Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i koja proističu iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, kao opšta pravna načela Zajednice. Čl. F st. 2.

3.1. Ustavne tradicije zajedničke državama članicama kao izvor inspiracije Suda pravde Evropske unije

S obzirom da pravo Evropske unije "... proizilazi ne samo iz ekonomskih, već, i iz pravnih uticaja država članica...",⁶⁴ Sud pravde je prilikom zaštite osnovnih prava obavezan da crpi inspiraciju iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama.⁶⁵ Da li to znači da Sud pravde može priznati samo ona osnovna prava koja su zaštićena u svim državama članicama?

Usvajanjem standarda najmanjeg zajedničkog imenioca, rizikovalo bi se podiranje legitimiteta Evropske unije, što bi neizbežno vodilo do optužbi da Sud pravde ljudska prava ne shvata ozbiljno.⁶⁶ Prihvatanje, pak, maksimalističkog pristupa⁶⁷ podvrgnuto je "komunitarnoj kritici" jer podrazumeva da Sud pravde, u svakom konkretnom slučaju, balansira između javnog i privatnog interesa, na štetu prvog, što bi imalo za posledicu minimalistički pristup ovlašćenjima Unije.⁶⁸ Međutim, i jedan i drugi pristup "pate od fatalnog nedostatka", budući da se njima pravni poredak Evropske unije potčinjava "ustavnom diktatu pojedinačne države članice".⁶⁹

Sud pravde povodom ovog pitanja nije bio dosledan. Iz presude u predmetu *Nold* može se zaključiti da je potrebno da su prava zaštićena ustavom u svim državama članicama.⁷⁰ Međutim, u kasnijim slučajevima čini se da je Sud napustio ovaj pristup. Tako je u predmetu *Hauer*, iako pozivajući se na presudu iz predmeta *Nold*, istakao da je pravo priznato time što su "... garancije date ustavnim pravom više država članica...",⁷¹ dakle, ne svih, dok je u spojenim predmetima *Hoechst* zauzeo stav da pravo mora biti priznato u komunitarnom

⁶⁴ Predmet 155/79 *AM & S Europe Limited v Commission of the European Communities* [1982] ECR 1575, str. 1610, tač. 18.

⁶⁵ Predmet 4/73 *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities* [1974] ECR 491, str. 507. tač. 13, prvi deo druge rečenice.

⁶⁶ R. Schütze, *nav. delo*, str. 88.

⁶⁷ U *nav. predmetu Stauder v Ulm*, Sud pravde je istakao da mora da prevlada najliberalnije tumačenje osporene odluke, pod uslovom da se njime mogu ostvariti ciljevi koji se sprovode odlukom u pitanju. *Nav. predmet Stauder v Ulm*, str. 425, tač. 4.

⁶⁸ J. Weiler, *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights*, u: N. Neuwahl, A. Rosas (eds.), *The European Union and Human Rights*, Brill, 1995, str. 61. Navedeno prema: R. Schütze, *nav. delo*, str. 89.

⁶⁹ *Isto*, str. 59. Navedeno prema: R. Schütze, *nav. delo*, str. 89.

⁷⁰ *Nav. predmet Nold v Commission*, str. 508. tač. 14, prva rečenica.

⁷¹ *Nav. predmet Hauer v Land Rheinland-Pfalz*, str. 3750, tač. 32.

pravnom poretku ako predstavlja "princip zajednički pravima država članica",⁷² odnosno ako postoje neznatne razlike između njih u pogledu prirode i stepena zaštite.⁷³ Ukoliko je pravno stanje u odnosu na neko pravo, koje prethodno nije priznato kao osnovno pravo obuhvaćeno opštim pravnim načelima, evoluiralo u državama članicama, u obimu da se mogu identifikovati "tendencije koje su jednoobrazne ili imaju jasnu većinsku podršku u pravima država članica", Sud pravde može odstupiti od svoje ranije prakse.⁷⁴ (*prim. aut.*)

3.2. Evropska konvencija o ljudskim pravima kao smernica koju treba slediti u pravu Evropske unije

"Genijalan način" za pronalaženje zajedničkih ustavnih tradicija jeste korišćenje međunarodnih ugovora kojima se štite ljudska prava,⁷⁵ na kojima su države članice zajedno radile ili čije su potpisnice, koji mogu obezbediti smernice koje treba slediti u okviru prava Evropske unije.⁷⁶ U tom smislu, od posebnog značaja je Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.⁷⁷ Na ostale regionalne i međunarodne instrumente, Sud pravde se retko pozivao.⁷⁸

Sud pravde je prvi put izričito uputio na odredbe Evropske konvencije o ljudskim pravima 1975. godine u predmetu *Rutili*.⁷⁹ Nakon tog slučaja Sud pravde se redovno pozivao na Konvenciju, a kasnije i na praksu Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu. Prilikom odlučivanja o eventualnoj povredi osnovnih prava u pravnom poretku Evropske unije, Sud pravde je u više slučajeva polazio od rešenja sadržanih u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, pa tek ako analizom odredaba Konvencije ne bi bio omogućen dovoljno

⁷² Nav. spojeni predmeti *Hoechst v Commission*, str. 2924, tač. 17.

⁷³ Isto.

⁷⁴ Predmet C-550/07 P *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v European Commission* [2010] ECR I-8301, str. I-8387. do I-8389. (tač. 69-76).

⁷⁵ R. Schütze, *nav. delo*, str. 87.

⁷⁶ Nav. predmet *Nold v Commission*, str. 507, tač. 13.

⁷⁷ Nav. predmet *Hauer v Land Rheinland-Pfalz*, str. 3745, tač. 15; nav. predmet *Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, str. 1682, tač. 18; nav. spojeni predmeti *Hoechst v Commission*, str. 2923, par. 13; nav. predmet ERT, str. I-2963, tač. 41; predmet C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich* [2003] ECR I-5659, str. I-5717, tač. 71; predmet C-305/05 *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others v Conseil des ministres* [2007] ECR I-5305, str. I-5353, tač. 29.

⁷⁸ Vid. npr. predmet C-540/03 *European Parliament v Council of the European Union* [2006] ECR I-5769, str. I-5822, tač. 37. (Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Konvencija o pravima deteta), I-5823, tač. 39. (Evropska socijalna povelja).

⁷⁹ Predmet 36/75 *Roland Rutili v Ministre de l'intérieur* [1975] ECR 1219, str. 1232, tač. 32.

precizan odgovor na pitanje postavljeno od strane nacionalnih sudova, Sud je uzimao u obzir ustavna pravila i praksu država članica.⁸⁰

Međutim, ovim nije konačno rešen pravni odnos između Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i prava Evropske unije. Sud pravde nije primenio "teoriju sukcesije" na Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, prema kojoj Evropsku uniju obavezuju međunarodni ugovori koje su zaključile države članice.⁸¹ Iz sudske prakse proizilazi da postojanje osnovnih prava, izvedenih iz Konvencije, u pravnom poretku Evropske unije ne potiče od direktne primene tog instrumenta.⁸² U najvećem broju slučajeva, Sud pravde je Evropsku konvenciju o ljudskim pravima koristio samo kao smernicu, iako se, što je moguće više, kretao u tom pravcu.⁸³ Stoga, prema mišljenju opšteg pravobranioca Darmona (*Darmon*), Sud pravde, u meri u kojoj ga ne mora sistematski uzeti u obzir, nije obavezan tumačenjem Konvencije datim od strane Evropske komisije i Suda za ljudska prava u Strazburu, pa, prema tome, može usvojiti tumačenje koje se ne podudara u potpunosti sa značenjem koje su odredbama Konvencije dali organi iz Strazbura.⁸⁴ Prednost ovakvog pristupa je da Sud pravde može da prilagodi zahtev za poštovanjem osnovnih prava u pravnom poretku Evropske unije specifičnim karakteristikama tog poretka.⁸⁵ Međutim, ovakva "interpretativna sloboda" podrazumeva opasnost različitog tumačenja Evropske konvencije o ljudskim pravima od strane sudova u Strazburu i Luksemburgu, koja može dovesti do stvaranja različitih standarda zaštite osnovnih prava.⁸⁶

Sud pravde se nije izričito izjasnio o navedenom mišljenju opšteg pravobranioca Darmona, ali je, odlučujući da li je u pravnom poretku, tada, Evropske ekonomske zajednice priznato kao osnovno pravo, obuhvaćeno opštim pravnim načelima, pravo na koje se poziva podnosilac zahteva za poništaj odluke Komisije, između ostalog, istakao da ni formulacija relevantne odredbe Konvencije, *niti odluke Evropskog suda za ljudska prava*, ukazuju da je takvo pravo

⁸⁰ Vid. npr. *nav. predmet Hauer v Land Rheinland-Pfalz*, str. 3745. i 3746. (tač. 17-20).

⁸¹ R. Schütze, *nav. delo*, str. 57, 58. i 89.

⁸² Mišljenje AG Darmon u predmetu 374/87 *Orkem v Commission of the European Communities* [1989] ECR 3283, str. 3337. i 3338, tač. 139.

⁸³ J. Boulouis, R.-M. Chevallier, *Grands arrêts de la CJCE*, 4th edition, 1987, Vol. 1, str. 105. i 106. Navedeno prema: *nav. mišljenje AG Darmon*, str. 3338, tač. 139.

⁸⁴ *Nav. mišljenje AG Darmon*, str. 3338, tač. 140.

⁸⁵ R. Lawson, *nav. članak*, str. 227.

⁸⁶ R. Schütze, *nav. delo*, str. 89.

priznato.⁸⁷ Takođe, u predmetu *Hoechst*, utvrđujući domašaj pojedinih odredaba Evropske konvencije o ljudskim pravima, Sud pravde je posebno napomenuo da ne postoji praksa Evropskog suda za ljudska prava o tom pitanju.⁸⁸ Na osnovu ovoga možemo zaključiti da je Sud pravde spreman da uzme u obzir praksu suda u Strazburu, kao još jednu smernicu.⁸⁹ Međutim, čak ako i pretpostavimo da je Sud pravde voljan da sledi praksu Evropskog suda za ljudska prava, razlike u tumačenjima su i dalje moguće u slučajevima u kojima je od Suda pravde zatraženo da odluči o konkretnoj odredbi Evropske konvencije o ljudskim pravima, o kojoj još uvek ne postoji tumačenje suda u Strazburu.⁹⁰

Sud pravde nije bio dosledan u svom stavu. Tako je u predmetu *ERT* naveo da, kada su nacionalni propisi obuhvaćeni pravom Evropske unije, i kada je Sudu pravde upućen zahtev za odlučivanje o prethodnom pitanju, on mora pružiti sve kriterijume za tumačenje koji su nacionalnom sudu potrebni da bi utvrdio da li su ta pravila u skladu sa osnovnim pravima čije poštovanje obezbeđuje Sud, a koja proističu, naročito, iz Evropske konvencije o ljudskim pravima.⁹¹ Ovo navodi na zaključak da, u slučajevima u kojima je Sud pravde pozvan da tumači Konvenciju, presuda, ipak, može biti u suprotnosti sa praksom Evropskog suda za ljudska prava.⁹² Međutim, u kasnijem slučaju *Schmidberger*, iako je potvrdio stav iz predmeta *ERT*, Sud pravde se, pored presuda koje je on doneo, ipak, pozvao i na presudu Evropskog suda za ljudska prava.⁹³ Ovakav pristup Sud pravde je potvrdio i u novijim predmetima, redovno se pozivajući, sve više i više preciznije, na presude suda u Strazburu, tj na njegova tumačenja relevantnih članova Evropske konvencije o ljudskim pravima.⁹⁴ Prema shvatanju Suda pravde,⁹⁵ to je uticalo da Evropski sud za ljudska prava usvoji pretpostavku da je

⁸⁷ Nav. predmet *Orkem v Commission*, str. 3350, tač. 30.

⁸⁸ Nav. spojeni predmeti *Hoechst v Commission*, str. 2924, tač. 18.

⁸⁹ R. Lawson, *nav. članak*, str. 229. Up. *Nav. mišljenje AG Darmon*, str. 3338, tač. 140, koji smatra da je Sud pravde još manje obavezan praksom Evropskog suda za ljudska prava, a *fortiori* ako o konkretnom pitanju ne postoji tumačenje Konvencije od strane ovlašćenih organa.

⁹⁰ R. Lawson, *nav. članak*, str. 235.

⁹¹ *Nav. predmet ERT*, str. I-2964, tač. 42.

⁹² R. Lawson, *nav. članak*, str. 233.

⁹³ *Nav. predmet Schmidberger*, str. I-5719, tač. 79.

⁹⁴ Vid. npr. navedene predmete *Parliament v Council*, str. I-5826. do I-5828. (tač. 54-56); *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others*, str. I-5354, tač. 31; C-501/11 P *Schindler Holding Ltd and Others v European Commission*, Presuda Suda (peto veće) od 18.07.2013. (neobjavljeno), naročito tač. 33-35.

⁹⁵ Discussion document of the Court of Justice of the European Union on certain aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human

zaštita ljudskih prava u pravu Evropske unije ekvivalentna⁹⁶ zaštiti koja je obezbeđena Evropskom konvencijom o ljudskim pravima.⁹⁷

Načela ustanovljena sudskom praksom potvrđena su u Preambuli Jedinstvenog evropskog akta, a zatim i u čl. F st. 2. Ugovora o osnivanju Evropske unije iz Maastrichta. Tom odredbom je propisano da će Unija poštovati osnovna prava, kako su zagarantovana Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i kao što proističu iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, kao opšta načela komunitarnog prava. Nakon ovih Ugovornih izmena i dopuna, u teoriji je postavljeno pitanje da li je njima, dotadašnji posredan odnos, zamenjen direktnim odnosom Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnih prava priznatih u pravnom poretku Unije.⁹⁸ Pojedini autori su tvrdili da je nakon ovih amandmana Konvencija formalno integrisana u komunitarno pravo, dok su umereniji ograničavali njeno obavezujuće dejstvo na materijalnu dimenziju.⁹⁹ Međutim, ovi stavovi nisu prihvaćeni od strane Suda pravde.

Stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona, stanje u pogledu direktne primenljivosti Evropske konvencije o ljudskim pravima nije radikalno promenjeno.¹⁰⁰ Članom 6. st. 3. Ugovora o Evropskoj uniji iz Lisabona potvrđuje se da osnovna prava garantovana Evropskom konvencijom o ljudskim pravima predstavljaju opšta načela prava Evropske unije, dok se u čl. 52. st. 3. Povelje o osnovnim pravima Evropske unije zahteva da pravima sadržanim u Povelji, koja odgovaraju pravima zajemčenim Konvencijom, da isto značenje i obim koji su utvrđeni Konvencijom. Međutim, Konvencija ne predstavlja, sve dok joj Evropska unija ne pristupi,¹⁰¹ pravni instrument koji je formalno inkorporisan u

Rights and Fundamental Freedoms, Luxembourg, 5 May 2010. dostupno na adresi: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_en_2010-05-21_12-10-16_272.pdf, 10.12.2013, str. 2, par. 3.

⁹⁶ Pod pojmom "ekvivalentna", Evropski sud za ljudska prava podrazumeva zaštitu koja je "uporediva", svaki zahtev da zaštita mora biti "identična" mogao bi biti u suprotnosti sa interesima međunarodne saradnje kojoj se teži. Međutim, takva pretpostavka ekvivalentnosti nije neoboriva, već je podložna preispitivanju u svetlu bilo koje relevantne promene u zaštiti osnovnih prava. *Nav. presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Bosphorus v Ireland*, tač. 155.

⁹⁷ *Isto*, tač. 165.

⁹⁸ R. Schütze, *nav. delo*, str. 89.

⁹⁹ *Isto*, str. 90, kao i autore navedene u fn. 36. i 37.

¹⁰⁰ Vid. *nav. predmet Schindler Holding Ltd and Others v Commission*, tač. 24, naročito drugi deo poslednje rečenice, tač. 26. i par. 30.

¹⁰¹ Prema mišljenju Frensisia Džejkobsa (*Francis Jacobs*), bivšeg opšteg pravobranioca u Evropskom sudu pravde, pristupanjem Unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima ne bi se mnogo

pravo Evropske unije.¹⁰² Ovim odredbama se samo odražava dosledna praksa Suda pravde prema kojoj osnovna prava čine sastavni deo opštih pravnih načela čije poštovanje obezbeđuje Sud.¹⁰³

I pored zalaganja Mreže nezavisnih stručnjaka za osnovna prava da standard zaštite fundamentalnih prava u pravu Evropske unije "... bude indeksiran međunarodnim standardom ljudskih prava...",¹⁰⁴ Sud pravde je uporno insistirao na autonomnoj prirodi i izvoru prava koja su bila priznata i zaštićena, kako bi ona bila shvaćena kao istinski evropska, a ne nacionalna, po svom poreklu.¹⁰⁵ Možemo zaključiti da je standard zaštite osnovnih prava u pravu Evropske unije autonoman standard.¹⁰⁶ U dosadašnjoj praksi Sud pravde se nije smatrao neposredno obavezanim nekim nacionalnim ili međunarodnim standardom, već je bio slobodan da izdvoji i zaštititi ono što je smatrao zajedničkim vrednostima kod većine naroda u okviru Unije, u čemu je viđen njegov doprinos ustanovljavanju zajedničkog identiteta naroda Evrope.¹⁰⁷

4. Uloga Evropske konvencije o ljudskim pravima u pravu Evropske unije

Iako osnovna prava priznata i zaštićena Evropskom konvencijom o ljudskim pravima nisu direktan, već samo posredan izvor "evropskih ljudskih prava",¹⁰⁸

promenila situacija u materijalnopravnom smislu, s obzirom da Sud pravde smatra Konvenciju kao da ima obavezujuće dejstvo za Evropsku uniju, imajući u vidu njegovo postupanje tokom poslednjih godina da veoma pažljivo prati, redovno se poziva na, i sistematski nastoji da primeni praksu Evropskog suda za ljudska prava iz Strazbura. Francis G. Jacobs, "The European Convention on Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights and the European Court of Justice, The impact of the European Union accession to the European Convention on Human Rights", dostupno na adresi: http://www.ecln.net/elements/conferences/book_berlin/jacobs.pdf, 10.12.2013, str. 294.

¹⁰² Predmet C-571/10 *Servet Kamberaj v Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) and Others*, Presuda Suda (veliko veće) od 24.04.2012. (neobjavljeno), tač. 62; predmet C-617/10 *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, Presuda Suda (veliko veće) od 26.02.2013. (neobjavljeno), tač. 44; nav. predmet *Schindler Holding Ltd and Others v Commission*, tač. 32.

¹⁰³ Predmet C-521/09 P *Elf Aquitaine SA v European Commission* [2011] ECR I-8947, str. I-9024, tač. 112; nav. predmet *Kamberaj*, tač. 61.

¹⁰⁴ P. Craig, G. De Búrca, nav. delo, str. 369.

¹⁰⁵ G. De Búrca, nav. članak, str. 478.

¹⁰⁶ R. Schütze, nav. delo, str. 90.

¹⁰⁷ T. Tridimas, *Judicial Federalism and the European Court of Justice*, u: J. Fedtke, B. S. Markesinis (eds.), *Patterns of Federalism and Regionalism: Lessons for the UK*, Hart, 2006, str. 150. Navedeno prema: R. Schütze, nav. delo, str. 91.

¹⁰⁸ R. Schütze, nav. delo, str. 86.

Sud pravde ne može "podržati" mere koje nisu u skladu sa njima,¹⁰⁹ iz čega proizilazi da poštovanje ljudskih prava predstavlja uslov "zakonitosti" akata Unije.¹¹⁰ Takođe, značenje odredaba kojima se institucijama Evropske unije dodeljuju ovlašćenja ne može se utvrđivati primenom isključivo jezičkog tumačenja, i samo u smislu njihove strukture i ciljeva,¹¹¹ već moraju biti uzeta u obzir i pravna načela koja se nalaze u osnovi ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, i na kojima je zasnovana Evropska konvencija o ljudskim pravima,¹¹² u smislu da su njima poštovana i u njima inkorporisana.¹¹³ Prema tome, i priroda i obim ovlašćenja organa Unije, kao i njihovo vršenje, ograničeni su potrebom da osnovna prava obuhvaćena opštim pravnim načelima budu zaštićena.¹¹⁴

Sa druge strane, države članice imaju ne samo obavezu da svoje nacionalne propise tumače na način koji je u skladu sa pravom Evropske unije, već moraju obezbediti i da njihovo tumačenje odredaba sekundarnog zakonodavstva ne bude u suprotnosti sa osnovnim pravima zaštićenim u pravnom poretku Evropske unije.¹¹⁵ Ovakvom "tehnikom", koju koristi Sud pravde, a kojom se zahteva da zakonodavstvo Evropske unije bude tumačeno i implementirano u skladu sa osnovnim ljudskim pravima, pri čemu Sud redovno smatra da države članice imaju dovoljnu "širinu" za takvo tumačenje, postiže se da sekundarno zakonodavstvo, kojim se izričito ne štiti konkretno pravo, bude zaštićeno i ojačano u slučaju osporavanja, obavezivanjem nacionalnih vlasti da poštuju takvo pravo, kao pitanje prava Evropske unije, prilikom implementiranja mera Unije.¹¹⁶ Ukoliko se, pak, zakonodavstvo Evropske unije ili druge mere ne mogu

¹⁰⁹ Nav. predmet *Nold v Commission*, str. 507. tač. 13, drugi deo druge rečenice; nav. predmet *ERT*, str. I-2963 i I-2964, tač. 41; nav. predmet *Schmidberger*, str. I-5718, tač. 73.

¹¹⁰ Mišljenje Evropskog suda pravde 2/94 [1996] ECR I-1759, str. I-1789. tač. 34, prva rečenica.

¹¹¹ Nav. predmet *AM & S v Commission*, str. 1612, tač. 27.

¹¹² Nav. predmet *Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, str. 1682, tač. 18. i 19.

¹¹³ Nav. predmet *AM & S v Commission*, str. 1611, tač. 22.

¹¹⁴ Isto, str. 1612, par. 27; predmet 322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities* [1983] ECR 3461, str. 3498, tač. 7; nav. spojeni predmeti *Hoechst v Commission*, str. 2925. (tač. 20), 2927. (tač. 28) i 2928. (tač. 33).

¹¹⁵ Predmet C-101/01 *Criminal proceedings against Bodil Lindqvist* [2003] ECR I-12971, str. I-13024, tač. 87; nav. predmet *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others*, str. I-5353. tač. 28, druga rečenica.

¹¹⁶ P. Craig, G. De Búrca, nav. delo, str. 373. i 383.

tumačiti u skladu sa osnovnim pravima, koja su obuhvaćena opštim pravnim načelima, oni moraju biti ukinuti.¹¹⁷

U skladu sa osnovnim ljudskim pravima čije poštovanje obezbeđuje Sud pravde, a koja proističu, pogotovo, iz Evropske konvencije o ljudskim pravima, moraju biti i nacionalni propisi koji spadaju u okvir prava Evropske unije.¹¹⁸ Ovo se naročito odnosi na unutrašnja pravila država članica kojima se ograničava vršenje osnovnih sloboda u pravu Evropske unije.¹¹⁹ Sa druge strane, Sud pravde je potvrdio da zaštita osnovnih prava predstavlja legitiman interes kojim se, u principu, može opravdati odstupanje od obaveza nametnutih pravom Evropske unije, čak i onih koje proističu iz osnovnih sloboda garantovanih Ugovorom.¹²⁰

5. Odnos Povelje Evropske unije o osnovnim pravima i Evropske konvencije o ljudskim pravima

Ma koliko bio zadovoljavajući i vredan hvale, metodom razvijenim od strane Suda pravde ne može se premostiti jaz u komunitarnom pravnom poretku, konkretno, nemogućnost da se unapred zna koja osnovna ljudska prava ne mogu biti povređena od strane institucija Unije, odnosno, ranije Evropskih zajednica.¹²¹ Po prirodi stvari, sudskom praksom, kojom se proizvodi pravno dejstvo jedino nakon nekog događaja, ne može se ispuniti nesporn i legitiman zahtev da građani unapred znaju koja su im prava garantovana.¹²²

Potreba za postojanjem pisanog izvora, kojim bi se štitila ljudska prava u, tadašnjim, Evropskim zajednicama, prvi put je jasno izražena krajem 70-ih godina prošlog veka od strane Komisije. Ona je u Memorandumu o pristupanju Zajednica Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima,¹²³ usvojenom 4. aprila 1979. godine, i poslatom ostalim institucijama Zajednica, istakla da kao idealno rešenje smatra dopunu osnivačkih Ugovora katalogom osnovnih prava specijalno prilagođenim vršenju ovlašćenja koja su tim Ugovorima poverena Zajednicama.

¹¹⁷ *Isto*, str. 389.

¹¹⁸ *Nav. predmet ERT*, str. I-2964, tač. 42.

¹¹⁹ Za slobodu vršenja usluga videti npr. *Isto*, str. I-2964, tač. 43-45.

¹²⁰ Za slobodu prometa robe videti npr. nav. predmet *Schmidberger*, str. I-5718, tač. 74.

¹²¹ The Community and the European Convention on Human Rights, u: Bulletin of the European Communities, No 4 1979, Volume 12 (dalje u fusnotama: The Community and the European Convention on Human Rights), str. 16.

¹²² *Isto*.

¹²³ Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights. Commission Memorandum, COM (79) 210 final 2 May 1979, Bulletin of the European Communities, Supplement 2/79.

Međutim, zbog suprotstavljenih mišljenja država članica, pre svega u vezi sa preciznim definisanjem ekonomskih i socijalnih prava, izražena je bojazan da taj cilj ne može biti postignut u kratkom ili srednjem roku. Komisija je, stoga, smatrala da bi Zajednica trebalo da pristupi Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima,¹²⁴ utoliko pre, jer se prava koja su u njoj sadržana, a naročito ona iz dodatnih protokola, jasno odnose na aktivnosti Zajednice.

Kao jedan od razloga za pristupanje Konvenciji, Komisija je navela i Zajedničku deklaraciju Evropskog parlamenta, Saveta i Komisije od 5. aprila 1977. Takođe, u Memorandumu je istaknuto da, ako poštovanje ljudskih prava predstavlja bitan uslov za članstvo u Evropskoj uniji, odnosno, tada Zajednici, jedino je logično obavezati i Zajednicu da poštuje takva prava. Ovim bi se jasno pokazalo da je Zajednica odlučna da realno poboljša zaštitu ljudskih prava, a ne samo da donosi političke deklaracije o namerama. Konačno, pristupanjem Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima smanjio bi se rizik da sudovi država članica, koristeći kao razlog nepostojanje pisanog kataloga o ljudskim pravima, razmatraju komunitarne akte pozivajući se na nacionalne ustave.

Upitan od strane Saveta da li Evropska zajednica ima nadležnost da pristupi Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, Sud pravde je u svom mišljenju, donetom 1996. godine, istakao da bi pristupanje Konvenciji podrazumevalo bitnu promenu tadašnjeg komunitarnog sistema zaštite ljudskih prava, u tom smislu da bi značilo ulazak Zajednice u drugačiji međunarodni institucionalni sistem zaštite.¹²⁵ Takva promena, sa podjednako fundamentalnim institucionalnim posledicama za Zajednicu i države članice, bila bi od ustavnog značaja i prevazilazila bi tadašnja ovlašćenja Zajednice, i bila bi moguća jedino na osnovu izmena i dopuna Ugovora u tom smislu.¹²⁶

Kako Evropska zajednica, prema mišljenju Suda pravde, u to vreme nije bila nadležna da pristupi Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, ideja o sopstvenoj

¹²⁴ Memorandum je bio zamišljen kao sredstvo kojim bi se, pre pokretanja odgovarajućeg institucionalnog mehanizma, podstakla što šira i što produbljenija politička i pravna diskusija o pristupanju Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, sa svim zainteresovanim telima. *The Community and the European Convention on Human Rights*, str. 16. i 17.

¹²⁵ Nav. Mišljenje Evropskog suda pravde 2/94, str. I-1789, tač. 34.

¹²⁶ *Isto*, str. I-1789, par. 35. i 36. Neophodni amandmani na Ugovor, konačno, su usvojeni Sporazumom iz Lisabona, čime je stvoren pravni osnov za pristupanje Unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima. U čl. 6. st. 2. Ugovora o Evropskoj uniji, propisano je da će Unija pristupiti Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima.

kodifikaciji ljudskih prava postala je ponovo aktuelna krajem dvadesetog veka.¹²⁷ Kako bi osnovna prava bila "vidljivija", i na taj način njihova zaštita bila "ojačana",¹²⁸ predstavnici Evropskog parlamenta, Saveta i Komisije su 7. decembra 2000. godine u Nici svečano proglasili Povelju Evropske unije o osnovnim pravima (u daljem tekstu: Povelja EU ili Povelja).¹²⁹

Prvenstveni cilj usvajanja Povelje EU bio je da posluži kao "kodifikacioni instrument", u kome su predviđena ljudska prava o kojima je postignuta politička saglasnost da će biti poštovana.¹³⁰ Povelja EU, međutim, nije bila pravno obavezujuća.¹³¹ Njen status je bio sličan pravnom položaju koji je imala Evropska konvencija o ljudskim pravima, predstavljala je "dragocenu inspiraciju, ali nije nametala formalne obaveze evropskim institucijama".¹³² Tek je lisabonskim Ugovorom o Evropskoj uniji Povelji priznata ista pravna snaga kao i Ugovorima.

Iako je donošenje Povelje bilo inspirisano Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, između njih postoje značajne razlike, kako u pogledu načina usvajanja i pravnog dejstva, tako i u odnosu na obim prava koja se njima štite¹³³ i njihove svrhe.¹³⁴

Poveljom se potvrđuju prava koja proizilaze, naročito, iz ustavnih tradicija i međunarodnih obaveza zajedničkih državama članicama, Ugovora o Evropskoj uniji, Ugovora o Evropskim zajednicama, Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Socijalnih povelja usvojenih od strane Zajednice i Saveta Evrope i prakse Suda pravde i Evropskog suda za ljudska prava.¹³⁵ Iz ove formulacije se mogu zaključiti dve stvari.¹³⁶ Prvo, da se Poveljom EU nastoje kodifikovati postojeća osnovna prava, priznata u Uniji, pri čemu se ne stvaraju nova. I, drugo, njome se kodifikuju "evropska prava" iz različitih izvora, a ne samo iz Evropske konvencije o ljudskim pravima.

¹²⁷ Odluka da se pristupi izradi Povelje Evropske unije o osnovnim pravima (dalje u fusnotama: Povelja EU) doneta je na samitu Evropskog saveta održanom u Kelnu, u junu 1999. godine. R. D. Vukadinović, *Pravo Evropske...*, str. 137, fn. 111.

¹²⁸ Povelja EU, Preambula, alineja 4.

¹²⁹ Povelja EU je izmenjena 12. decembra 2007. godine.

¹³⁰ R. D. Vukadinović, *Uvod u institucije...*, str. 66.

¹³¹ Vid. nav. predmet *Parliament v Council*, str. 5822, tač. 38.

¹³² R. Schütze, *nav. delo*, str. 96.

¹³³ R. D. Vukadinović, *Uvod u institucije...*, str. 66.

¹³⁴ X. Groussot, T. Lock, L. Pech, *nav. delo*, str. 2.

¹³⁵ Povelja EU, Preambula, alineja 5.

¹³⁶ R. Schütze, *nav. delo*, str. 97.

Članom 52. st. 3. Povelje zahteva se da se pravima sadržanim u Povelji, koja odgovaraju pravima zajemčenim Konvencijom, da isto značenje i obim koji su utvrđeni Konvencijom. Standard zaštite ljudskih prava, koji je priznat Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, predstavlja samo "minimalni standard" u pravu Evropske unije, budući da se ovom odredbom Povelje ne sprečava da u pravu Unije bude predviđena šira zaštita.¹³⁷

Pravno obavezujuću Povelju i pristupanje Unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima "ne treba shvatati kao alternative, već kao komplementarne korake", kojima se obezbeđuje puno poštovanje osnovnih prava od strane Evropske unije.¹³⁸ "Ova dva koraka dovela bi do situacije" slične onoj u pravima država članica, u kojima su ljudska prava garantovana, sa jedne strane, ustavima, a, sa druge strane, međunarodnim minimalnim standardom predviđenim Evropskom konvencijom o ljudskim pravima.¹³⁹

Glavni pravni argument u prilog pristupanja Evropske unije Konvenciji je da bi na taj način fizička i pravna lica, konačno, dobila zaštitu u odnosu na akte Unije, sličnu onoj koju već uživaju prema nacionalnim merama, u smislu njihovog podvrgavanja dodatnom, spoljašnjem i specijalizovanom sistemu nadgledanja od strane organa u Strazburu a, naročito, kontroli od strane Evropskog suda za ljudska prava.¹⁴⁰ Pravni položaj Evropske unije bi tada bio analogan statusu država članica, Sud pravde bi bio u situaciji sličnoj onoj u kojoj se nalaze nacionalni sudovi poslednje instance, dok bi se Povelja, u tom slučaju, mogla uporediti sa ustavima država članica.¹⁴¹ Poboľšanjem zaštite ljudskih prava, ustanovljavanjem i garantovanjem koherentnijeg i skladnijeg sistema, obezbedio bi se veći kredibilitet Evropskoj uniji, što predstavlja i osnovni politički argument u korist pristupanja Unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima.¹⁴² Drugim rečima, pristupanje Konvenciji je viđeno kao korak koji je od suštinskog značaja

¹³⁷ Povelja EU, čl. 52. st. 3, poslednja rečenica.

¹³⁸ The European Convention, Summary of the Meeting Held on 17.09.02 Chaired by Commissioner António Vitorino, Brussels, 26 September 2002, CONV 295/02 (dalje u fusnotama: CONV 295/02), str. 2; The European Convention, Final Report of Working Group II, Brussels, 22 October 2002, CONV 354/02, str. 12.

¹³⁹ Isto.

¹⁴⁰ X. Groussot, T. Lock, L. Pech, *nav. delo*, str. 2.

¹⁴¹ Isto.

¹⁴² Vid. izlaganje Marka Fišbaha (*Marc Fischbach*), sudije Evropskog suda za ljudska prava, na sastanku Radne grupe II, posvećene inkorporaciji Povelje EU u Ugovore i pristupanju Zajednice, odnosno Unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, održanom 17. septembra 2002. godine, u: CONV 295/02, str. 5; X. Groussot, T. Lock, L. Pech, *nav. delo*, str. 2.

da bi se pokazala posvećenost Evropske unije poštovanju osnovnih prava i u unutrašnjim, kao i u spoljašnjim odnosima.¹⁴³

6. Zaključak

Sredstvo koje je Sud pravde upotrebio za uključivanje osnovnih prava u pravo Evropske unije bila su opšta pravna načela, s obzirom da nije postojao drugi način, jer u to vreme u osnivačkim Ugovorima nije bilo odredaba koje bi mogle poslužiti kao osnova za novu doktrinu. Evropski sud pravde je novo učenje koristio da bi ubedio vrhovne i ustavne sudove država članica da pravo Evropske unije ne predstavlja pretnju ljudskim pravima priznatim i zaštićenim njihovim ustavima, i na taj način zaštitio primat i autonomiju prava Evropske unije.¹⁴⁴ Međutim, nakon što je nemački Savezni ustavni sud 1974. godine doneo presudu, poznatu pod nazivom *Solange I*, bilo je jasno da dotadašnja praksa Suda pravde nije bila dovoljna iz perspektive nacionalnih sudova.

Jedan od razloga koji je uticao da vrhovni i ustavni sudovi država članica prihvate zaštitu osnovnih prava, obezbeđenu u okviru pravnog poretka Evropske unije, kao delotvornu i suštinski sličnu zaštiti predviđenoj nacionalnim ustavima, bio je i taj što se Evropski sud pravde u svojoj kasnijoj praksi redovno pozivao na odgovarajuće odredbe Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njihovo tumačenje dato od strane Evropskog suda za ljudska prava, čime je doprineo povećanju kredibiliteta prava Evropske unije u pogledu zaštite ljudskih prava. Iako Evropska unija, odnosno tada Evropska (ekonomska) zajednica, nije pristupila Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, posebno je istaknuta činjenica da su je sve države članice ratifikovale. U tom smislu, Konvencija je Sudu pravde poslužila kao korisna smernica prilikom odlučivanja da li je neko pravo obuhvaćeno opštim pravnim načelima, budući da se njome odražavaju zajednički preuzete obaveze od strane svih država članica. Priznavanje posebnog značaja Konvenciji može se objasniti i strahom da će, pribegavanjem konkretnoj odredbi nacionalnog ustava, biti ugrožena doktrinarna superiornosti prava Evropske unije, koji prožima praksu Suda pravde još od predmeta *Costa v ENEL*.¹⁴⁵

¹⁴³ *Isto*.

¹⁴⁴ T. C. Hartley, *nav. delo*, str. 298. i 299.

¹⁴⁵ P. Craig, G. De Búrca, *nav. delo*, str. 369.

Jovan Vujičić*

The Impact of the European Convention on Human Rights on EU Law through the Practice of the Courts of the Member States and the European Court of Justice

Summary

In this paper, in example the protection of human rights in the legal order of the European Union, have been analyzed the opinions of the European Court of Justice and national courts, concerning the relation of law in European Union and law of the Member States, as well as the impact of the European Convention on Human Rights had in this regard. The Convention has been used as a useful guide to the Court of Justice in determining whether a right is covered by the general principles of law, since it reflects the common commitments by all member states. Regular reference to the relevant provisions of the European Convention on Human Rights and its interpretation given by the European Court of Human Rights, has contributed to the increase in the credibility of the EU law regarding the protection of human rights and contributing to the supreme and constitutional courts of the Member States to accept the protection of fundamental rights secured within the legal order of the European Union, effective and substantially similar to the protection provided for in national constitutions.

Keywords: The European Convention on Human Rights, EU law, the European Union Charter of Fundamental Rights, the principle of the primacy of EU law.

* Assistant at the Faculty of Law University of Kragujevac.

Mr Veljko Vlašković*

UDK 341.231.14-053.2(4-672EU)

342.726-053.2 (4-672EU)

Str. 75-87.

PRINCIP "NAJBOLJEG INTERESA DETETA" U POVELJI EVROPSKE UNIJE O OSNOVNIM PRAVIMA

Apstrakt

Nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora, koncept prava dece i princip "najboljeg interesa deteta" postali su sastavni deo primarnog zakonodavstva Evropske Unije. Princip "najboljeg interesa" deteta je kao opšte prihvaćen međunarodnopravni standard putem Konvencije Ujedinjenih Nacija o pravima deteta i pre toga bio prisutan u nacionalnim pravnim sistemima svih država-članica Unije. Ipak, izričito uključivanje navedenog principa u svet prava Evropske Unije označava težnju Unije za uvažavanjem individualnosti i samosvojnosti deteta kao titulara ljudskih prava. "Najbolji interes deteta" će poseban značaj imati u kontekstu slobode kretanja, obrazovanja i prava na spajanje porodica. Takođe, Povelja usvaja kompromisni pristup pomenutom načelu, pri čemu se želi postići ravnoteža između imperativa zaštite i samoodređenja deteta. U radu se ukazuje na vrednost, ali i određene nedostatke pristupa "najboljem interesu deteta" za koji su se odlučili tvorci Povelje.

Ključne reči: najbolji interes deteta, Evropska Unija, prava deteta, ljudska prava, Povelja o osnovnim pravima.

* Asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu

1. "NAJBOLJI INTERES DETETA" NA KOLOSEKU KOMUNITARNOG PRAVA

Princip "najboljeg interesa deteta" danas predstavlja dominantnu vrednost porodičnog prava, ali i svih pravnih odnosa od neposrednog ili posrednog značaja za dete. Slikovito rečeno, navedeno načelo poput svojevrsne gravitacione sile oblikuje, transformiše i preobražava prava i obaveze svih ostalih učesnika pravnih odnosa, uključujući i roditelje deteta. Ovakav sled događaja posledica je viševjekovnog razvoja i evolucije koncepta "najboljeg interesa deteta" u kome je dete od objekta privatnopravne, a potom i državne zaštite postalo individualni titular ljudskih prava. U tom smislu, trasa kojom se kreće princip "najboljeg interesa deteta" danas odgovara ideji o ljudskim pravima, a naročito pravima deteta, kao posebnoj i neotuđivoj vrednosti, nerazdvojnoj od ličnosti deteta. Štaviše, "najbolji interes deteta" počinje se iskazivati kao posebno pravo deteta, čime objekat zaštite prestaje biti dete, već to postaju prava deteta.¹ Na delu je tako proces koji bi se mogao označiti kao konstitucionalizacija "najboljeg interesa deteta", koji ima i svojih negativnih strana u smislu izolovanja deteta od porodice i porodičnog okruženja, što, međutim, nije predmet ovog rada.

Na globalnom nivou, princip "najboljeg interesa deteta" ustoličen je u Konvenciji Ujedinjenih Nacija o pravima deteta iz 1989. godine.² Preko Komiteta za prava deteta, kao nadzornog i savetodavnog organa za primenu KPD, insistira se na "najboljem interesu deteta" kao posebnom pravu čiji je titular dete i unutar čijih granica *de facto* dominira princip participacije deteta.³ Međutim, na evropskom pravnom prostoru, pored pomenutog međunarodnog ugovora, sadržinu i domašaj "najboljeg interesa deteta" oblikuju i druge sile, a pre svih praksa Evropskog suda za ljudska prava kao organa nadležnog da tumači i nadzire primenu pravila Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u državama članicama Saveta Evrope.⁴ U navedenom kontekstu,

¹ Vid. par. 1. Opšteg komentara Komiteta UN za prava deteta br. 14 iz 2013. godine - CRC/C/GC/14; E. Verhellen, Children's rights in Europe, *The International Journal of Children's Rights* 1/1993, str. 365.

² Konvencija je usvojena rezolucijom 44/25 Generalne Skupštine Ujedinjenih Nacija od 20. novembra 1989. godine, a SFRJ ju je ratifikovala već naredne godine. Vid. Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih Nacija o pravima deteta - KPD, *Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori*, br. 15/1990 i *Službeni list SRJ - Međunarodni ugovori*, br. 2/97.

³ Vid. par. 74. Opšteg komentara Komiteta UN za prava deteta br. 12. iz 2009. godine - CRC/C/GC/12.

⁴ Evropska Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda je doneta pod okriljem Saveta Evrope u Rimu 4. novembra 1950. godine. Naša država je ratifikovala Konvenciju 2003. godine. Vid. *Službeni list SCG - Međunarodni ugovori*, br. 9/2003 - EKLJP.

sadržina i domašaj "najboljeg interesa deteta" određuje se prevashodno kroz uzajamno dejstvo i prožimanje navedenog načela sa pravom na porodični život iz EKLJP.⁵ Tako se "najbolji interes deteta" iskazuje kroz afirmaciju ili ograničenje pomenutog ljudskog prava koje pripada kako detetu, tako i roditeljima deteta i ostalim učesnicima porodičnih odnosa. Pravo na porodični život predstavlja sintezu i meru pravno priznatih odnosa u porodici i umanjuje prvenstvo prava i interesa deteta nad interesima roditelja i drugih članova porodice. Skrojena po meri odraslih lica, EKLJP kroz praksu Suda u Strazburu dovodi "najbolji interes deteta" u ravan sa interesima odraslih članova porodice i zahteva sveobuhvatnu analizu interesa svih strana u postupku, a ne samo prava i interesa deteta.⁶

Međutim, individualizacija i uzlet principa "najboljeg interesa deteta" suočava se poslednjih decenija sa novim izazovima, barem kada je reč o evropskom pravnom prostoru. Navedeni izazovi vezuju se za rast zakonodavnih nadležnosti Evropske Unije i evoluciju komunitarne politike od ideje velikog jedinstvenog tržišta do centralizovane građanske i političke zajednice.⁷ Najpre uzgredno i posredno, a potom sve otvorenije i neposrednije, pravni poredak Evropske Unije kao specifične nadnacionalne tvorevine i međunarodne integracije, prigrlilo je koncept ljudskih prava kao univerzalnih vrednosti. Na taj način, pravo Evropske Unije je, uslovno rečeno, zašlo u domen prava dece i principa "najboljeg interesa deteta".

Integracija prava dece, a samim tim i principa "najboljeg interesa deteta" u pravni poredak Evropske Unije odvijala se u tri faze, koje se u pravnoj literaturi označavaju kao: faza instrumentalizma, protekcionizma i autonomije dece.⁸ Na ovom mestu, treba napomenuti kako poslednja faza u evoluciji koncepta "najboljeg interesa deteta" unutar pravnog poretka Evropske Unije još uvek treba da doživi svoju potpunu i sveobuhvatnu potvrdu u praksi. Drugim rečima, Unija je još uvek na putu prepoznavanja prava dece kao samostalnih vrednosti, nezavisnih od osnovnih ciljeva komunitarne politike.

⁵ Vid. čl. 8. EKLJP.

⁶ Vid. *Olsson v. Sweden* (No. 1.) [10465/83], tač. 68. od 24. marta 1988. godine; *Görgülü v. Germany* [74969/01], par. 41. od 26. maja 2004. godine; *Nanning v. Germany* [39741/02], tač. 63. od 12. jula 2007. godine.

⁷ M. Meulders - Klein, *Towards a European Civil Code on Family Law? Ends and Means, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (ed. K. Boele-Woelki), Intersentia, Antwerpen - Oxford - New York 2003, str. 114.

⁸ C. McGlynn, *Families and the European Union: Law, Politics and Pluralism*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, str. 67.

Do kraja devedesetih godina prošlog veka, komunitarna pravila su odavala sliku deteta kao objekta društvenih odnosa, bez nezavisnih i autonomnih interesa. Sa izuzetkom prava na obrazovanje, dete se posmatralo u značajnoj meri kao "privezak" odraslih u kontekstu pravila o slobodi kretanja roditelja.⁹ Rimski ugovor o osnivanju Evropske Ekonomske Zajednice iz 1957. godine za osnovni cilj imao je uspostavljanje jedinstvenog tržišta.¹⁰ S obzirom na ekonomske motive, ideja o ljudskim pravima nije bila u prvom planu tvorca navedenog ugovora.¹¹ U datom kontekstu na decu se gledalo prevashodno kao na "instrumente" za ostvarivanje principa slobode kretanja njihovih roditelja, a sve u cilju postizanja ekonomskog uspeha.¹² Instrumentalistički koncept ne dopušta individualizaciju deteta kao pravnog subjekta sa zasebnim interesima i favorizuje bračnu nuklearnu porodicu. Tipičan primer predstavlja Uredba br. 1612/68/EEC iz 1968. godine o slobodi kretanja radnika unutar Zajednice.¹³ Prema navedenom sekundarnom izvoru, pravo na spajanje porodice pripadalo je supružnicima i "zavisnim licima mlađim od 21 godine".¹⁴ Ipak, Evropski sud pravde je odredbe o spajanju porodica tumačio široko kada je trebalo zaštititi pravo deteta na obrazovanje u kontekstu principa slobode kretanja. Tako je u slučaju *Baumbast and R v. Secretary of State for the Home Department* iz 2002. godine pastorka tretirana kao član porodice radnika imigranta kako bi mogla nastaviti da ostvaruje svoje pravo na obrazovanje u Ujedinjenom Kraljevstvu.¹⁵ Prema navedenoj odluci Suda u Luksemburgu, "... dete radnika imigranta ima pravo da, pod najboljim mogućim uslovima, ostvaruje svoje obrazovanje u domaćoj državi-članici iz čega proističe i pravo deteta da bude sa licem koje se o njemu prvenstveno stara i koje je shodno tome u mogućnosti da stanuje sa njim u državi-članici tokom školovanja. Odbijanje boravišne dozvole roditelju koji se prvenstveno stara o detetu narušava navedeno pravo deteta."¹⁶

⁹ Vid. *ibid.*, 66.

¹⁰ Vid. čl. 2. Ugovora o osnivanju Evropske Ekonomske Zajednice iz 1957. godine.

¹¹ S. Douglas - Scott, *The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon*, *Human Rights Law Review* 4/2011, str. 647 - 648.

¹² Vid. C. McGlynn, *op. cit.*, str. 49.

¹³ Uredba Saveta Evropskih Zajednica br. 1612/68/EEC od 15. oktobra 1968. godine o slobodi kretanja radnika unutar Zajednice, *Official Journal* L 257, 19/10/1968 P. 0002 - 0012.

¹⁴ Vid. čl. 10. st. 1. Uredbe br. 1612/68/EEC.

¹⁵ Vid. slučaj C - 413/99, *Baumbast and R v. Secretary of State for the Home Department* od 17. septembra 2002. godine, ECR 2002 I - 07091, tač. 17, 57, 63.

¹⁶ Slučaj C - 413/99, *Baumbast and R v. Secretary of State for the Home Department*, tač. 73.

Uputstvom br. 2003/86/EC iz 2003. o pravu na spajanje porodice iz 2003. godine, pojam "člana porodice" je proširen, ali nisu otklonjeni svi nedostaci iz ranijeg komunitarnog zakonodavstva u smislu individualnog prava deteta na spajanje porodice.¹⁷ Tako se status "člana porodice" priznaje "...zavisnim srodnicima u direktnoj nishodnoj liniji mlađim od 21 godine, kao i onim licima koji potiču od supružnika odnosno registrovanog partnera".¹⁸ Na ovaj način, pravo na spajanje porodice priznalo se pastorcima i deci registrovanog partnera, ali pod pojmom "člana porodice" nisu neposredno obuhvaćena usvojena deca, deca vanbračnog partnera, kao i deca začeta heterolognom inseminacijom.¹⁹ Shodno tome, može se reći kako tragovi instrumentalizma još uvek opstaju u pravnom poretku Evropske Unije koji se odnosi na decu, bez obzira što su pravila o slobodi kretanja mesto začetka principa "najboljeg interesa deteta" u komunitarnom pravnom prostoru.

Na fazu instrumentalizma u kontekstu pravnog položaja deteta, nadovezala se faza protekcionizma dece, koja se ispoljava kroz politiku Unije da zaštiti decu od zlostavljanja i spreči pojave poput trgovine decom. Radi se zapravo o paternalističkom modelu, koji odgovara načelu posebne zaštite dece u porodičnom pravu, koje u fokusu ima decu kao društvenu grupu, a ne individualno dete. Navedeno načelo ne treba poistovetiti sa današnjim pojmom "najboljeg interesa deteta" koji je individualističkog karaktera i obuhvata participativnu komponentu. Za istinsku primenu principa "najboljeg interesa deteta" unutar prava Evropske Unije bilo je neophodno da se interes deteta individualizuje i dete prepozna kao nezavisni i zasebni imalac prava, a naročito prava na mišljenje kao ključnog iz korpusa prava deteta. Prekretnicu u smislu faze autonomije i individualizma deteta označilo je usvajanje Povelje o osnovnim pravima Evropske Unije krajem 2000. godine.²⁰

2. POVELJA O OSNOVNIM PRAVIMA KAO PREKRETNICA

Povelja o osnovnim pravima usvojena je 7. decembra 2000. godine u Nici bez mnogo pompe, u senci predstojećeg usvajanja Ugovora iz Nice kao primarnog

¹⁷ Uputstvo Evropskog parlamenta i Saveta br. 2004/58/EC od 22. septembra 2003. godine o pravu građana Unije i njihovih članova porodice da se slobodno kreću i nastanjuju na teritoriji država-članica, *Official Journal L 158*, 30/04/2004.

¹⁸ Čl. 2. st. 2. tač. c. Uputstva br. 2004/58/EC.

¹⁹ Vid. C. McGlynn, *op. cit.*, str. 48.

²⁰ Povelja o osnovnim pravima Evropske Unije 2000/C 364/01, *Official Journal of the European Communities* 18/12/2000.

izvora prava Evropske Unije.²¹ Na taj način formalno je potvrđena težnja iz Ugovora o Evropskoj Uniji iz 1992. godine, prema kojoj će "Unija poštovati osnovna prava onako kako su garantovana Evropskom Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda potpisanoj u Rimu 4. novembra 1950. godine na način na koji proizilaze iz ustavnih tradicija zajedničkih za države-članice, u vidu opštih principa komunitarnog prava".²² Navedena formulacija iz Ugovora o Evropskoj Uniji ukazuje kako je Povelja prvobitno zamišljena kao kodifikacija osnovnih prava o kojima je postignuta politička saglasnost na nivou komunitarnog prava.²³ Drugim rečima, Ugovorom iz Matrihta potvrđena je dugogodišnja praksa Evropskog suda u Luksemburgu da ljudska prava iz EKLJP tretira kao opšte principe komunitarnog prava.²⁴ S obzirom da su i deca titulari prava iz pomenute Konvencije, prepoznavanje vrednosti ljudskih prava predstavljalo je prozor za uvođenje "najboljeg interesa deteta" kao principa individualističkog karaktera u sferu komunitarnog prava.²⁵

Ipak, izvorna i istinska sredina za princip "najboljeg interesa deteta" jeste KPD, kao međunarodni ugovor koji predstavlja najznačajniju kodifikaciju prava dece. Budući da su sve države-članice Evropske Unije, ali i Saveta Evrope ratifikovale navedenu Konvenciju, može se reći kako "najbolji interes deteta" čini opšte prihvaćeni međunarodnopravni standard na pravnom području Evrope.²⁶ Međutim, Evropski sud pravde je, imajući u vidu komunitarna pravila o slobodi kretanja, prava dece iz EKLJP tumačio tek kao smernice za određivanje opštih principa komunitarnog prava.²⁷ Nasuprot tome, ljudska prava iz EKLJP bila su

²¹ Ugovor iz Nice 2001/C 80/01 o izmenama ugovora o Evropskoj Uniji, Ugovora o osnivanju Evropskih Zajednica i određenih srodnih akata od 26. februara 2001. godine, *Official Journal C 80 of 10 March 2001; 2001/C 80/01*. Vid. S. Douglas - Scott, *op. cit.*, str. 650 - 651.

²² Čl. F (2). Ugovora iz Matrihta o Evropskoj Uniji od 29. jula 1992. godine, *Official Journal C 191 of 29.7.1992*.

²³ Vid. R. Vukadinović, *Uvod u Institucije i pravo Evropske Unije*, Centar za pravo Evropske Unije, Kragujevac 2008, str. 59.

²⁴ Evropski sud pravde je još u slučaju 29/69 *Stauder v City of Ulm* od 12. novembra 1969. godine, par. 7. istakao kako su osnovna, odnosno ljudska prava inkorporirana u opšte principa komunitarnog prava.

²⁵ Ključni impuls za uvođenje kategorije ljudskih prava pod plaštom "osnovnih principa komunitarnog prava" dao je Savezni ustavni sud Nemačke. Vid. S. Douglas - Scott, *op. cit.*, str. 669.

²⁶ C. McGlynn, *op. cit.*, str. 69.

²⁷ Vid. slučaj C - 540/03 *European Parliament v. Council of European Union* od 27. juna 2006. godine. U pomenutom slučaju Evropski parlament je tražio da Evropski sud pravde poništi određena

sastavni deo opštih komunitarnih principa, ali u službi ideje zajedničkog tržišta, zbog čega je Evropski sud pravde trpeo kritike pravne teorije kako su mu ljudska prava potrebna samo kao sredstvo ubrzanja ekonomskih integracija.²⁸ Sve to je uticalo da se ideja zaštita osnovnih, odnosno ljudskih prava u Evropskoj Uniji razvija na jedan *ad hoc* i zbunjujući način, bez jasnih kriterijuma za određivanje sadržine pomenutih prava.²⁹ Ovakav zaključak mogao se primeniti i na prava dece, kao poseban vid ljudskih prava, kao i na princip "najboljeg interesa deteta" iz KPD.

Međutim, usvajanjem Povelje o osnovnim pravima po prvi put se unutar komunitarnog prava izričito prepoznala potreba za autonomijom deteta. Tako su se građani Evropske Unije, uključujući i decu, prestali doživljavati prevashodno kao potrošači, već kao lica sa sopstvenim pravima.³⁰ Poveljom se neposredno u pravo Evropske Unije uvodi princip "najboljeg interesa deteta". Tako se u navedenom dokumentu predviđa kako "u svim postupcima koji se odnose na decu, bez obzira da li ih preduzimaju javni organi ili privatne ustanove, najbolji interes deteta mora biti od prvenstvenog značaja".³¹ Ovakva formulacija principa "najboljeg interesa deteta" vrlo je bliska konceptu iz KPD. Ipak, u pravnoj teoriji postoje izvesne nedoumice u vezi domašaja "najboljeg interesa deteta" iz Povelje. Naime, u Povelji o osnovnim pravima navodi se kako će se princip "najboljeg interesa deteta" primenjivati u svim postupcima "koji se odnose na decu" ("*relating to children*"), za razliku od formulacije pomenutog principa iz KPD, gde se ističe kako će "najbolji interes deteta" biti od prvenstvenog značaja u "svim postupcima koji se tiču dece" ("*in all actions concerning the child*")³² Terminološko odstupanje Povelje u odnosu na KPD nije bez značaja, jer se izrazom iz KPD

pravila Uputstva br. 2003/86/EC od 22. septembra 2003. godine o pravu na spajanje porodice zato što se pomenutim pravilima narušavaju osnovna prava. Vid. par. 15. slučaja C - 540/03. U svojoj odluci, Evropski sud pravde konstatovao je kako osnovna prava čine sastavni deo opštih principa komunitarnog prava, te kako Sud prilikom tumačenja principa crpi inspiraciju, između ostalog, iz međunarodnih ugovora za zaštitu ljudskih prava, kojima su države-članice pristupile, uključujući i Konvenciju Ujedinjenih Nacija o pravima deteta. Vid. par. 35, 37. slučaja C-540/03.

²⁸ D. Augenstein, Engaging the Fundamentals: On the Autonomous Substance of EU Fundamental Rights Law, *German Law Journal* 10/2013, str. 1921.

²⁹ S. Douglas - Scott, str. 649.

³⁰ W. Pintens, Europeanisation of Family Law, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (ed. K. Boele-Woelki), Intersentia, Antwerpen - Oxford - New York 2003, str. 26.

³¹ Čl. 24. st. 2. Povelje o osnovnim pravima Evropske Unije.

³² Upor. čl. 24. st. 2. Povelje o osnovnim pravima Evropske Unije sa čl. 3. st. 1. KPD.

obuhvataju i postupci od posrednog uticaja na decu, u kojima dete nije neposredni akter, ali koji indirektno utiču na interese deteta.³³

Ipak, Povelja je inkorporirala jezgro koncepta prava dece i principa "najboljeg interesa deteta" iz KPD. Princip "najboljeg interesa deteta" navodi se u delu koji je označen kao "Prava dece", što bi moglo navesti na pomisao kako Povelja prihvata koncepciju Komiteta za prava deteta prema kojoj se pomenuti princip iskazuje preko prava dece. Međutim, Povelja o osnovnim pravima Evropske Unije zapravo nudi jedan pristup "najboljem interesu deteta" koji se zasniva na kompromisu ideja samoodređenja i zaštite deteta.³⁴ Zaštitni karakter "najboljeg interesa deteta" u Povelji se iskazuje kroz odredbu kako deci pripada pravo na takav vid zaštite i brige koji je neophodan za njihovu dobrobit.³⁵ Pomenuto pravo je preuzeto iz teksta KPD, ali stiče se utisak kako su na ovom mestu tvorci Povelje propustili priliku da preuzmu kvalitetnije i sadržinski određenije rešenje.³⁶ Naime, pravo deteta na zaštitu i brigu nužnu za njegovu dobrobit po svom karakteru pripada grupi prava koja se u pravnoj teoriji označavaju kao prava dobrobiti ("welfare right").³⁷ Navedena prava imaju u većoj meri moralnu nego pravnu dimenziju i počivaju na moći i autoritetu države, ali se teško može očekivati da postoji država koja bi u svakom pojedinačnom slučaju imala resurse za ostvarivanje "prava dobrobiti". Iz tog razloga, bilo je bolje da je Povelja inkorporirala pravo na opstanak i razvoj deteta iz KPD kao jedan od osnovnih principa navedene Konvencije, preko kojeg se ujedno može iskazati zaštitna komponenta principa "najboljeg interesa deteta". Za razliku od "prava dobrobiti", pravo na opstanak i razvoj iz KPD podrazumeva obavezu države da "obezbedi najveći mogući stepen opstanka i razvoja deteta"³⁸ Na ovaj način, omogućava se određivanje sadržine "najboljeg interesa deteta" pristupom "zasnovanom na pravima dece" ("the right-based approach"), za šta se svesrdno zalaže Komitet Ujedinjenih Nacija za prava deteta.³⁹

³³ Vid. C. McGlynn, *op. cit.*, str. 69., fn. 129.

³⁴ Vid. čl. 24. st. 1. Povelje o osnovnim pravima Evropske Unije. U tom smislu C. McGlynn, *op. cit.*, str. 69.

³⁵ Vid. čl. 24. st. 1. Povelje o osnovnim pravima Evropske Unije.

³⁶ Vid. čl. 3. st. 2. KPD.

³⁷ O "pravima dobrobiti" vid. J. Griffin, "Welfare Rights", *The Journal of Ethics*, 4/2000, str. 28.

³⁸ Čl. 6. st. 2. KPD.

³⁹ Vid. par. 5. CRC/C/GC/14.

Za komunitarni koncept "najboljeg interesa deteta" od naročitog značaja je inkorporacija prava deteta na mišljenje u Povelju o osnovnim pravima. Pomenuto pravo je mnogo više od osnovnog izraza participacije deteta. Pravo deteta na mišljenje predstavlja motor KPD i komponentu "najboljeg interesa deteta" koja je suštinski doprinela izmeni shvatanja o pravnom položaju deteta. Tačnije, upravo je pravo deteta na mišljenje bilo ključni iskorak u preobražaju deteta od objekta pravne zaštite do titulara prava sa autonomnim interesima. Ipak, formulacija navedenog prava iz Povelje slabija je u odnosu na značaj koji se pravu deteta na mišljenje daje u KPD iz dva osnovna razloga.

Najpre, u Povelji se lakonski navodi kako će se mišljenja dece "uzeti u obzir" ("*taken into consideration*") u odnosima koji ih se tiču u skladu sa njihovim uzrastom i zrelošću.⁴⁰ Za razliku od Povelje, u KPD se ističe kako će se mišljenju deteta pokloniti "dužna pažnja" ("*due weight*") u skladu sa uzrastom i zrelošću. Izraz iz KPD je snažniji i u većoj meri podvlači obavezu poštovanja mišljenja deteta. Međutim, na zaključak kako je formulacija prava deteta na mišljenje iz KPD jača upućuje još jedan argument. Tako, Povelja o osnovnim pravima Evropske Unije govori o pravu deteta na mišljenje u množini, u smislu "prava dece".⁴¹ Nasuprot tome, KPD participaciju vezuje za pojedinačno dete kao titulara, što odgovara individualističkom konceptu "najboljeg interesa deteta".⁴² Na taj način, svojim kolektivističkim pristupom mišljenju deteta, Povelja razvodnjava i umanjuje značaj prava koje predstavlja suštinsku snagu KPD.

Pored navedenih prava, Povelja o osnovnim pravima Evropske Unije preuzela je iz KPD i jedno pravo deteta koje se ne ubraja u osnovne principe KPD, ali je vrlo značajno sa stanovišta slobode kretanja i problema spajanja porodica. Reč je o pravu deteta da održava lične odnose i neposredan kontakt sa oba svoja roditelja, osim ako je to u suprotnosti sa interesom deteta.⁴³ Pravo deteta da održava lične odnose sa roditeljem sa kojim ne živi može se iskazati preko prava na porodični život iz EKLJP, kojeg je Povelja takođe inkorporirala.⁴⁴ U kontekstu prava na poštovanje porodičnog života, sadržina principa "najboljeg interesa deteta"

⁴⁰ Vid. čl. 24. st. 1. Povelje o osnovnim pravima Evropske Unije.

⁴¹ Vid. *ibid.*

⁴² Vid. čl. 12. st. 1. KPD.

⁴³ Upor. čl. 9. st. 3. KPD sa čl. 24. st. 3. Povelje o osnovnim pravima Evropske Unije.

⁴⁴ Upor. čl. 8. EKLJP sa čl. 7. Povelje o osnovnim pravima Evropske Unije.

određuje se kroz nastojanje da se ostvari pravična ravnoteža između interesa roditelja i deteta, što utiče na domašaj "najboljeg interesa deteta".⁴⁵

3. POVELJA O OSNOVNIM PRAVIMA NAKON LISABONSKOG UGOVORA

Povelja o osnovnim pravima Evropske Unije zamišljena je kao moderna kodifikacija ljudskih prava, s obzirom da obuhvata i ljudska prava treće generacije, poput prava na zaštitu životne sredine ili prava na zaštitu potrošača.⁴⁶ Takođe, pored EKLJP i KPD, Povelja je preuzela i pravila drugih međunarodnih ugovora, a naročito pravila iz ugovora donetih pod okriljem Medjunarodne organizacije rada.⁴⁷ Međutim, Povelja nije do usvajanja Lisabonskog ugovora imala pravno obavezujući karakter, što je umanjivalo njen značaj.⁴⁸ Sa stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona 1. decembra 2009. godine, Povelja je postala deo primarnog zakonodavstva Evropske Unije, čime su se stekli uslovi za doslednije poštovanje prava dece, ali i sveobuhvatniju primenu principa "najboljeg interesa deteta" unutar granica ove nadnacionalne tvorevine.⁴⁹

Treba naglasiti kako, premda sadrži neka prava koja EKLJP nije obuhvatala, Povelja o osnovnim pravima ne derogira ljudska prava iz pomenute Konvencije.⁵⁰ U tom smislu, "u meri u kojoj Povelja sadrži prava koja odgovaraju pravima zagarantovanim Evropskom Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, smisao i obim ovih prava biće isti kao onaj iz navedene Konvencije, pri čemu ovo pravilo neće sprečiti Uniju da pruži širu zaštitu".⁵¹ Na taj način nastoji se ostvariti svojevrsna pravna simbioza između zaštite ljudskih prava iz EKLJP i zakonodavstva Evropske Unije o osnovnim pravima. Drugim

⁴⁵ Odluke Evropskog suda za ljudska prava povodom održavanja ličnih odnosa između deteta i roditelja, a u kontekstu prava na porodični život veoma su česte. Na primer, vid. *C v. Finland* [18249/02] od 9. maja 2006. godine; *Nanning v. Germany* [39741/02] od 12. jula 2007. godine; *Kaletka v. Poland* [11375/02] od 16. decembra 2008. godine.

⁴⁶ Vid. čl. 37. i 38. Povelje o osnovnim pravima Evropske Unije. Vid. R. Vukadinović, *op. cit.*, 59.

⁴⁷ Vid. S. Douglas - Scott, str. 651.

⁴⁸ Ugovor iz Lisabona 2007/C 306/01 o izmenama ugovora o Evropskoj Uniji i Ugovora o osnivanju Evropskih Zajednica od 13. decembra 2007. godine, *Official Journal of the European Union*, C 306, 17 December 2007.

⁴⁹ Vid. čl. 6. st. 1. Ugovora iz Lisabona 2007/C 306/01. Detaljnije vid. S. Douglas - Scott, str. 646.

⁵⁰ P. Eeckhout, Human Rights and the Autonomy of EU Law: Pluralism or Integration?, *Current Legal Problems* 2013, str. 8.

⁵¹ Čl. 52. st. 3. Povelje o osnovnim pravima Evropske Unije.

rečima, prava iz EKLJP trebaju predstavljati minimalni standard poštovanja osnovnih prava u Evropskoj Uniji.⁵²

Posebno je interesantno što se Lisabonskim ugovorom predviđa obaveza da Unija kao ugovorna strana pristupi EKLJP.⁵³ Kako bi se omogućilo da Evropska Unija pristupi EKLJP, Savet Evrope je Protokolom br. 14. izmenio navedenu Konvenciju.⁵⁴ Ipak, bez obzira na intenzivnost pregovora, proces pristupanja EKLJP pokazuje se očekivano teškim. U tom smislu, otvara se niz pitanja koja se prevashodno tiču odnosa između Suda pravde Evropske Unije i Evropskog suda za ljudska prava. Putevi i mehanizmi koji preko navedenih sudova vode do zaštite ljudskih prava i u tom kontekstu principa "najboljeg interesa deteta" različiti su. Sa jedne strane, zaštita ljudskih prava može se efikasnije obezbediti preko Suda u Luksemburgu jer nije neophodno da su pred domaćim sudovima iscrpljena sva pravna sredstva da bi Sud mogao odlučivati, kao što je slučaj sa Evropskim sudom za ljudska prava. Međutim, Sud u Strazburu je, sa druge strane, tokom svoje višedecenijske prakse razvio posebne doktrine, poput "polja slobodne procene" ili principa "pravične ravnoteže" koje u svetlu prava na porodični život omogućavaju da se "najbolji interes deteta" sagleda uz ostavljanje značajnog diskrecionog prostora nacionalnim zakonodavstvima. Nasuprot tome, Evropski sud pravde mora voditi prvenstveno računa o pravilnoj primeni zakonodavstva Evropske Unije koje ima nadnacionalni karakter i primat nad nacionalnim pravima.⁵⁵

Ukoliko bi Evropska Unija pristupila EKLJP, to ne bi bio prvi međunarodni ugovor o ljudskim pravima u kojem bi se ova nadnacionalna organizacija pojavila kao ugovorna strana. Naime, Evropska Unija je već pristupila Konvenciji Ujedinjenih Nacija o pravima lica sa invaliditetom.⁵⁶ Na taj način je, između ostalog, Evropska Unija još jednom formalnopravno potvrdila svoju posvećenost principu "najboljeg interesa deteta" budući da se u pomenutoj Konvenciji navodi kako će u svim postupcima koji se tiču dece, "najbolji interes deteta" biti

⁵² Vid. R. Vukadinović, *op. cit.*, str. 59; S. Douglas - Scott, str. 655.

⁵³ P. Eeckhout, *op. cit.*, str. 17

⁵⁴ Vid. čl. 17. Protokola br. 14. uz Evropsku Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda od 13. maja 2004. godine.

⁵⁵ P. Eeckhout, *op. cit.*, str. 17

⁵⁶ Organi Evropske Unije su ratifikovali pomenutu Konvenciju 23. decembra 2010. godine. Vid. <http://www.un.org/disabilities/countries.asp?navid=17&pid=166>, 08.05. 2014.

od prvenstvenog značaja.⁵⁷ Ovakva formulacija u potpunosti je u duhu opšteg koncepta "najboljeg interesa deteta" iz KPD jer obuhvata i postupke od posrednog značaja za dete.

Veljko Vlašković, LL.M.*

"THE BEST INTERESTS OF THE CHILD" PRINCIPLE IN THE EUROPEAN UNION CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Summary

Principle of the best interests of the child today should correspond to individual child as a independent righ-holder. The mentioned concept is advocated by the UN Committee on the Rights of the Child and designated as the right-based approach. That is why the analysis of the best interests of the child cannot be separated from the idea of human rights and particularly the rights of a child as a specific form of fundamental rights adjusted to children. Such approach has its shortcomings, but the space and topic of this paper did not allow further consideration on this matter.

The European Union as supranational organisation was not intended to deal with the issue of human rights since its main aspirations were achievement of economic goals of single market. However, European Court of Justice was treating human rights as general principles of law, especially in the light of free movement and family reunification of migrant workers. Unfortunately, such practice was developing in an *ad hoc* manner, often directed by the economic purpose of the Union.

The key point was the adoption of the European Union Charter of Fundamental Rights which needed eight years to acquire binding force by the Lisbon Treaty. The Charter has incorporated the core rights from the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the Convention on the Rights of the Child. The latter Convention borrows the principle of the best interests of the

⁵⁷ Konvencija o pravima lica sa invaliditetom usvojena je od strane Generalne Skupštine Ujedinjenih Nacija 13. decembra 2006. godine. Naša država je ratifikovala Konvenciju 2009. godine. Vid. Zakon o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom, *Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori*, br. 42/2009. Vid. čl. 7. st. 2. Konvencije.

* Assistant of the Faculty of Law University of Kragujevac.

child to the Charter together with the right of the child to express views as a key feature and component of this principle. Although the Charter made a huge progress in the field of European Union human rights law and legal status of children, it can be noticed that the idea of the best interests of the child has certain weak points comparing with its counterpart from the Convention on the Rights of the Child. Especially vulnerable is the Charter formulation of the right of children to express their opinion where the makers of the Charter missed to mention that views of the child should be given due weight as it was stated in the Convention on the Rights of the Child. Furthermore, it has been suggested in the paper that the right of the child to survival and development should have been included in the text of the Charter.

Keywords: the best interests of the child, the European Union, children rights, human rights, Charter of Fundamental Rights.

Mr Vladimir Vukadinović *

UDK 334.753:347.441.46

str. 89-101.

KARTELNI SPORAZUMI I OGRANIČENJA NAČELA AUTONOMIJE VOLJE

Apstrakt

Propisima o zaštiti konkurencije su učesnicima na tržištu, kao što su strane u kartelnom sporazumu, su nametnuta brojna ograničenja, od kojih su za ova razmatranja od značaja ograničenje ugovaranja i ograničenja preduzetništva. Pod ograničenjima ugovaranja se podrazumeva zabrana učesnicima na tržištu da zaključuju one vrste sporazuma koji su kvalifikovani kao kartelni, kao i nametanje obaveze pojedinim učesnicima da mimo svoje volje zaključe sporazume sa drugim učesnikom na tržištu. Navedene vrste ograničenja spadaju u uži pojam načela autonomije volje i u radu će biti tretirane u sklopu ovog načela.

Sa druge strane, tržišna privreda kao vladajući oblik obavljanja privrednih aktivnosti počiva na slobodi privrednih subjekata da svoje unutrašnje odnose kao i odnose sa drugim subjektima na tržištu uređuju u skladu sa svojim komercijalnim ili privrednim (preduzetničkim) interesima. Međutim, zabrana zaključivanja određenih sporazuma ili sporazuma sa određenim subjektima kao i obavezivanje na zaključivanje drugih sporazuma upravo ograničavaju i slobodu preduzetništva.

Polazeći od navedenih pretpostavki, rad ima za cilj da u prvom delu u kontekstu kartelnih propisa analizira načela autonomije i preduzetništva, a da u drugom delu rada komentariše postojeća ograničenja. Budući da su pravila kartelnog

* Fakultet medicinskih nauka u Kragujevcu.

prava u EU unifikovana i da su pod njihovim uticajem i u trećim državama usvojena harmonizovana rešenja, to su analiza i komentari zasnovani prvenstveno na propisima EU i sudskoj praksi Suda pravde i Osnovnog suda u EU.

Ključne reči: karteli, kartelno pravo, načelo autonomije volje, sloboda preduzetništva, učesnici na tržištu, pravo EU.

1. Načelo autonomije volje kao sloboda ugovaranja

Načelo autonomije volje predstavlja jedno od osnovnih načela ugovornog prava,¹ koje je priznato ne samo u svim nacionalnim pravima, već i u brojnim izvorima međunarodnog karaktera. Njegova sadržina se obično svodi na slobodu ugovaranja i slobodu uređivanja ugovornih odnosa, tj. na ovlašćenje strana da zaključe ili ne zaključe ugovor i pravo da slobodno urede svoje odnose. U tom smislu valja razumeti načelnu odredbu člana 10. ZOO kojom je stranama u obligacionim odnosima data sloboda da "svoje odnose urede po svojoj volji." Međutim, ni u jednom pravu ovo načelo nije prihvaćeno kao apsolutno i bez ograničenja i izuzetaka. Tako se u istom članu ZOO proklamovana sloboda smešta u "granice prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja." Slična ograničenja su poznata i u drugim pravima. Pri tome se, međutim, prava međusobno razlikuju po obimu i razlozima kojima se pravdaju takva ograničenja.² Iz tih razloga je pitanje ograničenja postalo jedno od centralnih teorijskih i praktičnih pitanja.³

¹ S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1980, str. 153-182; D. Stojanović, Sloboda ugovaranja i javni poredak, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, broj 3/1968, str. 386; B. Morait, *Obligaciono pravo*, knj. Prva, Banja Luka 2007, str. 60-63; B. Morait, Sloboda ugovaranja i pravo konkurencije u savremenoj sudskoj praksi, *Pravna riječ* 36(2013), 101-117, Banja Luka. U stranoj literaturi, između ostalih, Atiyah, Contract and fair exchange u: *Essays on Contract* (Clarendon Press, 1986), str. 329; Atiyah, *The rise and fall of the freedom of contract* (Clarendon Press, 1979); Beale, Inequality of bargaining power, 6 *Oxford Journal of Legal Studies* (1986), 123; Buckley (Ed.), *The fall and rise of freedom of contract* (Duke University Press, 1999); Thal, The inequality of bargaining power doctrine - the problem of defining contractual unfairness, 8 *Oxford Journal of Legal Studies* (1986), 17; Gilmore, *The Death of Contract*, (Ohio State University Press, 1974)

² C. Mak, Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England, *Kluwer law international*, Vol Tom 12 knjige *Private law in European context series*, 2008, str. 43.

³ Vid. S. Grundmann, Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law, *Common Market Law Review* 39: 269-293, 2002, str. 269

Pitanje ograničenja dejstva načela autonomije volje se može razmatrati na nacionalnom i na nadnacionalnom nivou. Uobičajeno je da su ograničenja regulisana na nacionalnom nivou u zakonskim i podzakonskim propisima. Objasnjenje za njihovo uvođenje bi trebalo tražiti u zakonodavnoj politici konkretne države i njenim shvatanjem zaštite opštih ili, u odnosu na pojedinačne interese, viših državnih interesa čije bi se ostvarivanje dovelo u pitanje bez postavljanja granica autonomije. Opšti interesi države su najčešće konkretizovani kao priznavanje ograničenja: zbog generalnih klauzula zasnovanih na dobrim običajima (*bona mores*), zbog zaštite opšteg ili zajedničkog dobra⁴ (uglavnom ekonomskog) i zbog zaštite potrošača. Ne ulazeći detaljnije u analizu navedenih ograničenja, valja napomenuti da su sva tri oblika dosta široko određena i da se još više mogu propiririti različitim tumačenjem. Tako se "dobri običaji" mogu razumeti vrlo široko kao "moralne ili etičke predstave zajednice",⁵ dok se pod opštim dobrom se podrazumeva niz konkretnih životnih situacija ili pravnih rešenja, kao što je stabilnost nacionalne valute uvođenjem tzv. zaštitnih klauzula (valutnih, robnih i sličnih). Pozivanje na posebnu i pojačanu zaštitu interesa potrošača je, naročito, aktuelizovano poslednjih godina kada se zaštita potrošača ne tretira samo kao ugovorna obaveza, već joj se daje rang opšteg načela koga se moraju pridržavati svi učesnici u pravnom prometu.

Prema drugoj podeli,⁶ savremena ograničenja slobode ugovaranja se vrše: putem ustanove javnog poretka, ograničavanjem slobode zaključivanja pojedinih vrsta ugovora (nametanjem obaveze zaključivanje pojedinih ugovora, zahtevanjem saglasnosti trećeg lica za zaključenje ugovora, ograničenjem slobode izbora saugovarača), ograničavanjem sadržine ugovora (zakonsko regulisanje sadržine ugovora, ugovori po pristupu), putem ograničenja pravila o nepovredivosti ugovora (raskid ili revizija ugovora zbog promenjenih okolnosti, raskid dvostrano obavezujućih ugovora zbog neizvršenja) i ograničenjem slobode u pogledu forme ugovora.

Dosadašnje iskustvo pokazuje da su u početku priznavani izuzeci samo u najnužnijoj meri.⁷ Međutim, u 20 veku je prisutna tendencija "erozije" načela autonomije, kroz prihvatanje sve većeg broja ograničenja, odnosno izuzetaka.⁸

⁴ Vid. i S. Perović, *Obligaciono pravo*, str. 153.

⁵ Vid. komentar ZOO uz član 22, u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga I, str. 50 (urednici S. Perović i D. Stojanović, Beograd 1995).

⁶ S. Perović, *Obligaciono pravo*, str. 162.

⁷ S. Grundmann, *n. delo*, str. 271.

S obzirom da načelo autonomije nije bilo regulisano u Ugovoru o osnivanju EEZ, Sud pravde je slobodu ugovaranja zajedno sa ograničenjima priznao kao jedno od subjektivnih prava.⁹ Tako je u presudi donetoj u predmetu *Kingdom of Spain v Commission*, zauzeo stav da je pravo strana da izmene ugovor koji su zaključili zasnovano na principu slobode ugovora i ne može biti ograničeno ako ne postoje komunitarna pravila koja nameću posebna ograničenja u tom pogledu. Drugačije rečeno, Sud pravde je priznao pravo pojedinaca da slobodno zaključuju ugovore i da pred Sudom traže njihovu zaštitu obrazlažući to pravo činjenicom da je ovo načelo priznato u pravima država članica.

1.1. Unutrašnje tržište kao okvir načela autonomije volje

Ograničenja načela autonomije su, zbog same prirode, po pravilu karakteristična za unutrašnja nacionalna prava jer ih države uvode kako bi se njihovom primenom ostvarili nacionalni (državni) interesi. Međutim, ograničenja postoje i u okviru regionalnih saveza i integracija - na nadnacionalnom nivou. U njima se postojanje ograničenja pravda ne samo razlozima međunarodnog javnog poretka (u meri u kojoj postoji saglasnost oko sadržine ovog pojma), već i drugim razlozima, kao što je već pomenuta zaštita "javnog dobra" ili zaštita interesa slabije strane. Pod javnim dobrom se mogu razumeti različite ekonomske, pravne ili političke vrednosti. U EU se pod ovim podrazumeva uspostavljanje i funkcionisanje unutrašnjeg tržišta. Teorijski problemi u pravdanju ovakvog ograničenja mogu nastati iz razloga što unutrašnje tržište predstavlja samo jedan od ciljeva koji su kao zajednički prihvatile države članice EZ/EU, pa se može postaviti pitanje da li se sloboda ugovaranja može ograničiti pozivanjem i na druge ciljeve kojih će biti sve veći broj kako se budu produbljivali i širili ciljevi EU, ili je zajedničkom tržištu dat poseban značaj. Drugačije rečeno, da li je svim zajedničkim ciljevima priznat karakter javnog interesa, ili samo nekima od njih. S obzirom da u Ugovoru o osnivanju EZ/EU unutrašnje tržište nije kvalifikovano kao cilj od posebnog javnog interesa, postavlja se pitanje dokle idu granice ograničavanja slobode ugovaranja i preduzetništva i ko o njima odlučuje: države članice preko Ugovora o osnivanju, ili Sud pravde i Evropska komisija u

⁸ O vrstama savremenih izuzetaka vid. S. Perović, *Obligaciono pravo*, str. 162. Drugačiju podelu navodi M. Storme, *Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law*, *Juridica International* XI(2006). Na strani 5. navodi sledeće oblike restriktivnih sredstava za: zaštitu poverenja, zaštitu integriteta(celovitosti) sadržine ugovora; opšte norme koje se odnose na nezakonitost; posebna imperrativna pravila za posbne klauzule u ugovorima ili određen vrste ugovora i, norma koje stranama nameću oabvezu zaključivanja ugovora ili pojedina pravila u ugovoru.

⁹ Predmet C-240/97, *Kingdom of Spain v Commission*, [1999] I- 6609, tač. 99.

postupku tumačenja Ugovora. Ovo pitanje dobija poseban značaj ako se ima u vidu da harmonizacija ugovornog prava (i načelo autonomije volje) predstavlja suštinu procesa uspostavljanja unutrašnjeg tržišta,¹⁰ čime su granice harmonizacije određene pojmom unutrašnjeg tržišta. S obzirom da unutrašnje tržište počiva na primeni propisa o tzv. četiri velike slobode i pravilima o zaštiti konkurencije, u koja spadaju i propisi o kartelima, ovim pravilima su određene i granice tumačenja klasičnih pravila ugovornog prava, u koja spadaju autonomija volje i sloboda preduzetništva.¹¹

O odnosu pravila o zaštiti konkurencije i pravila tržišnog privređivanja raspravljao je i Ustavni sud Srbije povodom inicijative da oceni ustavnost odredbi članova 2. i 4. Zakona o zaštiti konkurencije. Predlagači i inicijatori su osporili valjanost odredbe čl. 2. i 4. Zakona, navodeći da fizičko lice, bez registrovanja i ovlašćenja odgovarajućih državnih organa, ne može biti pravno valjan učesnik na tržištu, odnosno legalan učesnik u prometu. Smatrali su i da osporenom odredbom člana 4. stav 2. Zakona nije određen pravni status izuzetih učesnika na tržištu u odnosu na ostale učesnike, niti je zakonski preciziran pojam "delatnosti od opšteg interesa" u odnosu na ostale "obične" delatnosti, tako da izuzimanje jedne kategorije učesnika predstavlja opasnost od stvaranja monopola na tržištu, čime se povređuju odredbe čl. 57. i 64. Ustava od 1990. godine. Takođe su smatrali i da se odredbom člana 16. stav 1. Zakona povređuju načela Ustava od 1990. godine o slobodi preduzetništva, samostalnosti preduzeća, slobodnom privređivanju svim oblicima svojine, slobodi razmene robe i usluga, kao i da ne postoje učesnici na tržištu koji poslovne odluke u okviru svog preduzeća donose samostalno i nezavisno, jer takvi učesnici "ne mogu činiti deo tržišnog lanca". Smatrali su i da se odredbom člana 7. stav 2. tačka 1. Zakona, ograničava Ustavom zajemčena sloboda preduzetništva i onemogućava pravo samostalnom privrednom subjektu da slobodno utvrđuje cene, što dovodi do ograničavanja konkurencije i razvoja tržišta. Iz tih razloga su predlagači i inicijatori osporili i ustavnost odredaba čl. 1, 23. i 73. Zakona, tvrdeći da je Zakon o zaštiti konkurencije neusaglašen sa odredbama drugih zakona, tako da je osporeni Zakon "uneo neodlučnost" među pravna i fizička lica koja imaju obavezu da primenjuju njegove odredbe, u pogledu toga po kom zakonu treba da postupaju.

U odluci o odbijanju predloga za utvrđivanje neustavnosti Ustavni sud je zauzeo stav da su osporene odredbe u skladu sa odredbama članova 82, 84. i 97. Ustava

¹⁰ S. Grundmann, *n. delo*, str. 270.

¹¹ Vid. odluku Ustavnog suda, IU broj 30/2006 od 25. marta 2009. godine, objavljena u "Sl. glasniku RS", br. 60/2009 od 3. avgusta 2009. godine, u elektronskoj bazi Paragarf Lex.

koje utvrđuju da se ekonomsko uređenje zasniva na tržišnoj privredi, otvorenom i slobodnom tržištu, slobodi preduzetništva, samostalnosti privrednih subjekata i ravnopravnosti privatne i drugih oblika svojine; da je Republika Srbija jedinstveno privredno područje sa jedinstvenim tržištem roba, rada, kapitala i usluga; da svi imaju jednak pravni položaj na tržištu, da su zabranjeni akti kojima se, suprotno zakonu, ograničava slobodna konkurencija stvaranjem ili zloupotrebom monopolskog ili dominantnog položaja; da Republika Srbija uređuje i obezbeđuje jedinstveno tržište, pravni položaj privrednih subjekata, sistem obavljanja pojedinih privrednih i drugih delatnosti, svojinske i obligacione odnose i zaštitu svih oblika svojine.

Po oceni Ustavnog suda, zakonsko određenje dominantnog položaja na tržištu i pojma koncentracije, sprovođenje koncentracije, kao i uređenje zaštite konkurencije i propisivanje mera za prekršioce zabranjenih vidova njenog ograničenja i narušavanja (čl. 16, 21. i 23. Zakona) nije u suprotnosti sa ustavnim odredbama o slobodi preduzetništva, jednakom pravnom položaju na tržištu, samostalnosti privrednih subjekata, otvorenom i slobodnom tržištu. Naime, koncentracija po svojoj suštini nije primerena tržišnoj privredi, odnosno tržišnom načinu privređivanja, jer može dovesti do dominantnog i monopolskog položaja pojedinih subjekata. Međutim, kako se udruživanje i zajednički nastup na tržištu može preduzeti i u cilju stvaranja ravnopravnih odnosa učesnika u tržišnoj utakmici, to se, prema stanovištu Suda, zakonom mora propisati kada je i pod kojim uslovima koncentracija dopuštena, da bi se takvi odnosi podveli u legalne okvire. Saglasno osporenim odredbama Zakona, koncentraciju je moguće dopustiti uz posebno odobrenje nadležnog državnog organa.... Takvim određenjem dopuštene koncentracije sprečavaju se moguće zloupotrebe koje takav akt sam po sebi nosi, pa se, sledstveno tome, ni Zakonom propisana pravila ne mogu smatrati nesaglasnim sa Ustavom." I u pogledu tvrdnji da se zabranom zaključenja sporazuma o određivanju cena (član 7. stav 2. osporenog Zakona) umanjuje, odnosno sprečava konkurencija, Sud je smatrao da dogovaranje cene može imati za posledicu favorizovanje određenih privrednih subjekata na račun drugih učesnika u privrednom životu, sa ciljem da se uvođenjem dampinških cena eliminišu iz tržišne utakmice oni koji posluju pod realnim tržišnim uslovima, a što bi bilo protivno odredbama člana 84. Ustava.

1.2. Sadržina i oblici ograničenja autonomije volje kod kartelnih sporazuma

Kartelni sporazumi (*agreements between undertakings, Vereinbarungen zwischen Unternehmen, accords entre entreprises*), su u Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije definisani kao sporazumi između preduzeća, odluke udruženja preduzeća i dogovorna praksa udruživanja kojima se može uticati na trgovinu između

država članica i čiji su cilj ili posljedica sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije unutar unutrašnjeg tržišta, a naročito koji:

- 1) neposredno ili posredno utvrđuju kupovne ili prodajne cene ili druge uslove razmene;
- 2) ograničavaju ili kontrolišu proizvodnju, plasman, tehnički razvoj ili investicije;
- 3) dele tržište ili izvore snabdevanja;
- 4) primenjuju nejednake uslove na iste poslove sa različitim poslovnim partnerima, stavljajući ih na taj način u neravnotežan konkurentski položaj i
- 5) uslovljavaju sklapanje ugovora prihvatanjem dodatnih obaveza, koje po svojoj prirodi i trgovačkim običajima nemaju veze sa predmetom ugovora.

Imajući u vidu navedene oblike štetnog delovanja, zaključivanje kartelnih sporazuma je nacionalnim propisima i propisima prava EU zabranjeno, a ako su i pored toga nastali, takvi sporazumi će biti poništeni, uz prateće sankcije. Već iz ovih sankcija se može zaključiti da je pravni poredak, sa jedne strane, brani njihov nastanak (zaključivanje), čime se direktno ograničava sloboda ugovaranja i, sa druge strane, u slučaju da ipak nastanu kažnjava njegove učesnike poništavanjem takvog sporazuma i nametanjem novčanih i drugih sankcija. Moguće je, kao što je u uvodnom delu bilo napomenuto i da učesnik na tržištu bude obavezan da mimo svoje volje zaključi ugovor sa drugim učesnikom. Drugačije rečeno, ograničenje sloboda ugovaranja se kod kartelnih sporazuma manifestuje kroz dvostruku zabranu. Sa jedne strane, pojedinim učesnicima na tržištu je zabranjeno da zaključuju kartelne sporazume sa drugim učesnicima konkurentima, ako bi takvim sporazumom ograničili konkurenciju.¹² Sa druge strane, drugi učesnici na tržištu se obavezuju da iz istih razloga sa određenim licem zaključe propisani ugovor.

Osnovna opasnost koja bi mogla nastati iz širokog tumačenja zabrana iz definicije kartelnog sporazuma se sastoji u tome što bi se gotovo svaki sporazum

¹² Međutim, kod zloupotrebe dominantnog položaja, kao drugog oblika povrede konkurencije, ograničenje autonomije volje se ogleda u nametanju obaveze da se zaključi određena vrsta sporazuma. Vid. u tom pogledu rešenje Konkurencijskog vijeća BiH 01–06-26-027-140-II/08 od 21. maja 2009. godine, u predmetu "ASA-auto" i kasnije odluke Upravnog (Us-4832/2003-6 od 9. novembra 2006. godine) i Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III/1410/2007. Komentar odluke vid. kod B. Morait, navedeni članak u *Pravnoj riječi* i Z. Meškić, Jurisdikcija Suda EU u praksi Suda BiH (Sudska praksa: Povodom Odluke Suda BiH br. S1 3 U 005412 10 Uvl od 15. o3.2012. M.R.M. Ljubuški/ASA Auto d.o.o. Sarajevo (ASA Auto) CJP Fondacija Centar za javno pravo, 9.

koji narušava konkurenciju mogao zabraniti, odnosno njegovim učesnicima potpuno ograničiti ili onemogućiti korišćenje načela autonomije volje. Ovo zbog toga što svaki sporazum sa jednim licem automatski uspostavlja bliže odnose između ugovornih strana i vodi računa o zadovoljavanju njihovih interesa, dok interesi treće strane ostaju po strani. Takav ugovor ograničava slobodu i ugovornim stranama jer ih obavezuje na određeno ponašanje, tj. da ispune obaveze preuzete njim,¹³ bez obzire što se njima ne ograničava konkurencija na tržištu. Imajući u vidu osetljivost navedenih pitanja, i Prvostepeni sud je u predmetu *Metropole*, priznao da se "nužno ne smatra, potpuno apstraktno i bez povlačenja razlike, da je svaki sporazum kojim se ograničava sloboda delanja jedne ili više strana nužno obuhvaćen zabranom iz člana 85(1). Ugovora.¹⁴ Stoga se ograničenje slobode ugovaranja ili preduzetništva ne mogu po definiciji tretirati kao dovoljan uslov za povredu člana 101. UFEU, odnosno kao zabranjeni. Prilikom ocene primene ovih zabrana, moraju se uzeti u obzir stvarni uslovi u kojima je nastao i funkcioniše odnosni sporazum, posebno ekonomski kontekst u kome delaju preduzeća, proizvodi i usluge koje čine predmet takvog sporazuma i stvarna struktura tržišta.¹⁵ Tek se takvim tumačenjem kartelnih sporazuma iz člana 101(1) UFEU može sprečiti da se "zabrane prošire na apstraktan način u bez razlika na sve sporazume kojima se ograničava sloboda preduzetništva jedne ili više strana."¹⁶

2. Načelo slobode preduzimanja privredne aktivnosti - preduzetništva

Imajući u vidu da je osnovna svrha ugovora da omoguće obavljanje prometa robe i usluga, to se kao sporno postavlja i pitanje da li se i u kojoj meri ograničavanjem slobode ugovaranja istovremeno ograničava i sloboda preduzetništva. Pod slobodom preduzetništva bi, u opštem smislu, trebalo razumeti pravo trgovaca, kao pravnih ili fizičkih lica, da potpuno slobodno i bez ograničenja obavljaju trgovačke aktivnosti bilo osnivanjem sopstvenih preduzeća ili na drugi način. U tom smislu je odredbama člana 49(2) UFEU, sloboda preduzetništva određena kao pravo osnivanja i obavljanja samostalne delatnosti ličnim radom, pravo osnivanja i upravljanja preduzećima, posebno firmama ili trgovačkim društvima.

¹³ R. Nazzini, *The Foundation of European Competition Law, the Objective and Principles of Article 102*, Oxford, 2011, str. 152.

¹⁴ T-112/99 *Métropole télévision (M6) and Others v Commission of the European Communities* [2001] ECR II-2459, tač. 76.

¹⁵ T-374/94, T-375/94, T-384/94 and T-388/94 *European Night Services and Others v Commission* [1998] ECR II-3141, tač. 136

¹⁶ T-112/99 *Métropole..*, tač. 77.

sudovi su pružali pravnu zaštitu pravu na preduzetništvo, koga su samo u jezičkom smislu različito označavali.²⁰

Kao deo ljudskih prava, sloboda preduzetništva je zvanično priznata tek u Povelji EU o ljudskim pravima i slobodama, nakon stupanja na snagu Sporazuma iz Lisabona. Pre toga Sud pravde je ova prava priznao kao jedan od "opštih principa"²¹ prava EU koji se mora čitati i tumačiti u svetlu socijalne funkcije²² i evropskog građanstva. Međutim, u Povelji je predviđeno da se sloboda preduzetništva može koristiti bez štete za pravo EU i nacionalna prava država članica, čime su postavljene i granice njegovog korišćenja.

2.1. Ograničenja slobode preduzetništva nametnuta pravilima o zaštiti javnog interesa

Već u presudi donetoj u predmetu *Nold*, Sud pravde je zauzeo stav da se od novo priznatog prava preduzetništva očekuje da omogući realizaciju dve vrste ograničenja.²³ Prvo, priznavanjem i davanjem zaštite pravu na obavljanje privredne aktivnosti trebalo je ograničiti nadležnosti Evropske zajednice/Unije. Drugo, ovo pravo je trebalo razumeti ne kao apsolutno, već u svetlu njegove "socijalne funkcije."²⁴ Tako je u presudi donetoj u predmetu *Spain and Finland v. Parliament and Council*,²⁵ Sud pravde smatrao da se pravo obavljanja delatnosti i vođenja poslova mogu ograničiti pod uslovom da nametnuta ograničenja

252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=C-1%252F11&td=ALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for= &cid=26192.

²⁰ Kao pravo na "ekonomsku inicijativu", "sloboda privatne inicijative", "sloboda preduzeća", "sloboda trgovine", "sloboda obavljanja delatnosti" i "profesionalna aktivnost".

²¹ C-177/90 *Kühn* [1992] ECR I-35, tač. 16; C-280/93 *Germany v Council* [1994] ECR I-4973, paragraph 78; i *SAM Schiffahrt and Stapf*, tač. 72; združeni predmeti C-143/88 i C-92/89 *Zuckerfabrik Süderdithmarschen and Zuckerfabrik Soest* [1991] ECR I-415, tač. 72 to 77

²² C-184/02 i C-223/02 *Spain and Finland v. Parliament and Council*, tač. 52.

²³ A. Usai, *The Freedom to Conduct a Business in the EU, Its Limitations and Its Role in the European Legal Order: A New Engine for Deeper and Stronger Economic, Social, and Political Integration*, 14 *German Law Journal* (2013), dostupno na <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1582>, str. 1872.

²⁴ Vid. mišljenje opšteg pravobranioca AG Stix-Hackl, u predmetu *Spain and Finland v. Parliament and Council*, tač. 111, u kojoj se poziva na praksu Suda u predmetima *Nold*, 4/73 ranije naveden, tač. 14, C-265/87 *Schröder* [1989] ECR 2237, tač. 15.; 5/88 *Wachauf* [1989] ECR 2609, tač. 18, C-177/90 *Kühn* [1992] ECR I-35, tač. 16, C-280/93 *Germany v Council* [1994] ECR I-4973, tač. 78, C-306/93 *SMW Winzersekt* [1994] ECR I-5555, tač. 22, C-44/94 *National Federation of Fishermen's Organisations and Others* [1995] ECR I-3115, tač. 55, i u C-200/96 *Metronome Musik* [1998] ECR I-1953, tač. 21.

²⁵ C-184/02 and C-223/02 *Spain and Finland v. Parliament and Council*, [2004] E.C.R. I-7789.

odgovaraju opštim interesima i ako ne predstavljaju u odnosu na taj cilj nesrazmerno i netolerantno mešanje koje šteti samoj suštini garantovanog prava.²⁶ U pitanju je bio spor koji su pokrenule Kraljevina Španija i Finska tužbom za poništaj direktive (uputstva) broj 2002/15 o organizaciji radnog vremena lica koja obavljaju poslove drumskog transporta.²⁷ Direktiva je regulisala radno vreme i vreme odmaranja zaposlenih i samozaposlenih lica koja su obavljala poslove transporta (vozača kamiona): minimalno vreme dnevnog i sedmičnog odmora i određena pitanja noćnog rada. Tužiocima su smatrali da direktiva ograničava slobodu obavljanja trgovine ili profesije, posebno samozaposlenih lica i da je u tom delu treba poništiti.

Sa druge strane, ograničenja slobode preduzetništva, kao osnovnog prava koje je podignuto na rang principa moraju biti, u skladu sa odredbama člana 52(1) Evropske konvencije o osnovnim ljudskim pravima (EKLJP), predviđena zakonom, moraju poštovati suštinu samog prava i slobode, moraju biti neophodna i istinski odgovarati EU ciljevima od opšteg interesa.

2.2. Ograničenja nametnuta pravilima o zaštiti konkurencije

Iako nije sporno da se propisima o zaštiti konkurencije nameću određena ograničenja autonomije volje, opravdanja koje se pri tome navode se razlikuju jer su i dalje podeljena mišljenja o tome šta je osnovni cilj propisa o zaštiti konkurencije: zaštita same konkurencije ili konkurenata kao učesnika na tržištu.²⁸ Mišljenja su podeljena i u samoj EU. Sudovi su više skloni da uzmu u obzir i da štite konkurente i "ekonomske i socijalne koristi koje direktno ili indirektno proizilaze iz slobodnog, jedinstvenog, konkurentnog i skladnog funkcionisanja tržišta,"²⁹ a ne "subjektivnu poziciju trgovaca." Na osnovu toga bi se moglo zaključiti da je Evropska komisija više "delotvorno orijentisana" i da kao osnovni cilj prava konkurencije vidi zaštitu same konkurencije.

Međutim, dilema ne postoji oko toga da je svrha odredbi člana 101. UFEU da spreči da nastanu i da zabrani postojanje kartelnih ili restriktivnih sporazuma, odluke udruženja preduzeća i dogovorna ravnjanja. Bez obzira što primena

²⁶ *Isto*, tač. 52, u kojoj se Sud poziva i na raniji stav u predmetu C-200/96 *Metronome Musik* [1998] ECR I-1953, tač. 21. Kao netolerantno mešanje, naveden je zahtev da vozači obezbede zapis o raspodeli radnog vremena: vožnje i odmora.

²⁷ Regulation (EEC) No 3820/85 on the harmonisation of certain social legislation relating to road transport (OJ 1985 L 370, p. 1

²⁸ Vid. R. Wish and D. Bailey, *Competiton Law*, Oxford, 2012.

²⁹ A. Usai, *n. delo*, str. 1877.

zabrana iz navedenog člana 101. UFEU praktično znači da je zaključivanje određenih tajnih sporazuma zabranjeno, a ako su zaključeni da će biti poništeni, i da u tom pogledu predstavljaju ograničenja autonomije volje, navedena ograničenja se moraju posmatrati u kontekstu člana 16. EKLJP. Odredbama člana 16. Konvencije, priznata je sloboda obavljanja biznisa u skladu sa pravom EU i nacionalnim zakonima i praksom. U pravnoj teoriji je uloga odredbi iz člana 16. i propisa o zaštiti konkurencije, shvaćena ne kao ograničenje slobode preduzetništva, već kao stvaranje pravog ambijenta kako bi se omogućila sloboda preduzetništva. Ipak, ne kao apsolutna sloboda ili pravo, već u napred navedenim granicama, dok su propisi o zaštiti konkurencije shvaćeni kao "sredstvo da se ubrza ekonomsko preduzetništvo."³⁰ Drugačije rečeno, bez propisa o zaštiti konkurencije, slobodno i konkurentno tržište ne bi moglo da opstane.

Na teorijskom nivou, rasprava o značaju i uticaju pravila konkurencije na načelo autonomije volje, se može posmatrati i u okviru hijerarhijskog odnosa pravila o uspostavljanju unutrašnjeg tržišta i načela autonomije. Pod pravilima o uspostavljanju unutrašnjeg tržišta se razumeju propisi o uspostavljanju i funkcionisanju četiri osnovne slobode: prometa robe, vršenja usluga, kretanja lica i prometu kapitala i pravila o konkurenciji.

Rezime

Bez obzira na izvesne osobenosti, kartelni sporazumi predstavljaju vrstu građansko pravnih ugovora, za čiji nastanak važi opšteprihvaćeno načelo autonomije volje, koje se manifestuje kao sloboda izbora druge ugovorne strane i kao sloboda određivanja sadržine samog odnosa. Međutim, pravilima o zaštiti konkurencije su obe slobode ograničene: pojedinim učesnicima na tržištu se može zabraniti da sa određenim preduzećem zakluče sporazum ako takvi sporazumi imaju za cilj ili predmet narušavanje konkurencije. Na ovaj način se praktično sprečava nastanak sporazuma. Kao zabranjeni se smatraju i sporazumi koji su valjano nastali, ali čije dejstvo nije dozvoljeno, jer narušavaju konkurenciju. Ograničavanjem slobode ugovaranja, stranama u kartelnom sporazumu je automatski ograničeno i pravo preduzetništva. Ovakva ograničenja se, u opštem smislu, opravdavaju višim razlozima koji su obuhvaćeni pojmom zaštite opštih interesa.

³⁰ *Isto.*

Vladimir Vukadinović,* LL.M

Cartel agreements and limitations of the principle of party autonomy

Summary

Regardless of certain characteristics, cartel agreements are considered as a type of civil law contracts, on formation of which applies generally accepted principle of autonomy of will. The principle of autonomy of will means the freedom of choice of the counterparty and freedom of determining the content of these relationships.

However, both freedoms may be limited by rules of competition and cartel law. On the one hand, the participants in the cartel were not allowed to conclude cartel agreements. On the other hand, some market participants may be forced to involuntarily enter into certain types of agreements in order to achieve a desirable competition. In both cases, the cartel participants on the market at the same time limited and entrepreneurship. The existence of these limits is justified by the protection of public goods or common goals and interests.

Keywords: cartel, competition law, principle of autonomy of will, the right of establishment, market participants, EU law.

* Faculty of Medical Science, Kragujevac.

PRILOZI - CONTRIBUTIONS

Selena Tomović *

UDK 341.9:339.137.27(4-672EU)

str. 103-123.

MERODAVNO PRAVO ZA DELIKT NELOJALNE KONKURENCIJE PREMA RIM II UREDBI

Apstrakt

Rad je posvećen pitanju određivanja merodavnog prava za vanugovornu odgovornost za štetu nastalu zbog radnje nelojalne konkurencije, prema pravu Evropske unije. U radu je analizirana koliziona norma za delikt nelojalne konkurencije koja je predviđena u čl. 6. st. 1. i čl. 6. st. 2. Uredbe o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze (Rim II Uredbe). Pre svega, bliže je određen pojam delikta nelojalne konkurencije, a potom je analizirana tačka vezivanja iz ove kolizione norme, koja se odnosi na mesto u kome su povređeni konkurentski odnosi ili zajednički interesi potrošača. Potom, analizirana je i situaciju u kojoj radnja nelojalne konkurencije pogađa interese pojedinačnog konkurenta na tržištu, kada je potrebno primeniti opšta koliziona pravila za određivanje merodavnog prava za delikte iz čl. 4. Rim II Uredbe.

Ključne reči: merodavno pravo, pravo Evropske unije, Uredba Rim II, građanskopravni delikti, nelojalna konkurencija.

1. Uvodna razmatranja

Zaštita slobodne konkurencije na tržištu postala je globalni problem usled pojave velikih multinacionalnih kompanija koje su u mogućnosti da lako steknu

* Saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

monopolski položaj. Jedan od načina zaštite slobodnih tržišnih odnosa jeste propisivanje građanskopravnih sankcija, između ostalog, i za delikt nelojalne konkurencije. Imajući u vidu da delikti nelojalne konkurencije neretko sadrže element inostranosti, često se postavlja pitanje - pravo koje države je merodavno za raspravljanje ovih građanskopravnih delikata? Nakon niza godina pregovaranja,¹ u Evropskoj uniji 11. jula 2007. godine usvojena je Uredba br. 864/2007 o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze (u daljem tekstu: Rim II Uredba)² kojom su unifikovana koliziona pravila u ovoj oblasti i uvedena posebna koliziona pravila za delikt nelojalne konkurencije.

Rim II Uredba vrlo je značajna zato što sadrži unifikovana koliziona pravila za vanugovorne obaveze koje proizilaze iz delikata, sticanja bez osnova, poslovodstva bez naloga i odgovornosti zbog prekida pregovora i primenjuje se u svim državama članicama EU, izuzev Danske³. Unifikacijom ovih pravila ostvarena je pravna sigurnost u pogledu izbora merodavnog prava za vanugovorne obaveze i tako veća predvidivost ishoda trgovačkih i građanskih sporova. Sada, unifikovana koliziona pravila iz Rim II Uredbe, u istim situacijama upućuju na isto nacionalno pravo,⁴ bez obzira pred sudom koje

¹ Postupak unifikacije kolizionih pravila u vanugovornoj materiji je počeo još 1972. god. kada je donet Prednacrt Konvencije o merodavnom pravu za ugovorne i vanugovorne obaveze, ali zbog velikih razlika među državama članicama, u vanugovornoj sferi se stalo sa unifikacijom, dok je 1998. doneta Rimska konvencija o merodavnom pravu za ugovorne odnose.

² *Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law applicable to Non-contractual obligations*, (EC) No 846/2007, L 199/40, 11 July 2007; Uredbe su sekundarni izvor prava EU koje karakteriše to što ih stvaraju sami organi EU, a ne države članice. Uredbe usvaja Evropski parlament i Savet a na predlog Evropske Komisije, imaju karakter propisa opšte primene, obavezuju u celini i direktno se primenjuju u svim državama članicama (izvor: R. D. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac, 2012, str. 112.)

³ Imajući u vidu već usvojenu Uredbu Rim 1 o merodavnom pravu za ugovorne obaveze (*Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law applicable to Contractual obligations*, (EC) No 593/2008, L 177/6, 17. June, 2008) i Uredbu Brisel 1 o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (*Council Regulation on the jurisdiction and recognition and the enforcement of judgements in civil and commercial matters* (EC) 44/2001, L 12/1, 22. December, 2000), donošenjem Rim II Uredbe je zaokružen proces unifikacije kolizionih pravila u obligacionopravnim odnosima u Evropskoj uniji.

⁴ Pritom, koliziona pravila u Rim II Uredbi imaju univerzalno dejstvo, što znači da se pravo na koje upute primenjuje, bez obzira da li je reč o pravu države članice EU ili treće države. Takođe, ustanova *renvoi* je isključena pa koliziona pravila Uredbe direktno upućuju na materijalno pravo jedne države, ne uzimajući u obzir njene kolizione norme.

države članice je pokrenut spor, čime se evropski pravni prostor još više približio ostvarenju "međunarodne harmonije odlučivanja".⁵

Predmet ovog rada je analiza kolizionih pravila ove uredbe na osnovu kojih se određuje merodavno pravo za delikt nelojalne konkurencije. Ova koliziona pravila su sadržana u čl. 6. st. 1. i čl. 6. st. 2. Rim II Uredbe.⁶ Najpre, u radu su predložene smernice na osnovu kojih bi se mogao odrediti pojam i sadržina radnje nelojalne konkurencije a potom je analizirana i tačka vezivanja iz čl. 6. st. 1, koja se odnosi na mesto u kome su pogođeni, ili je verovatno da će biti pogođeni, konkurentski odnosi ili zajednički interesi potrošača. Nakon toga, sledi analiza odredbe iz čl. 6. st. 2. kojom je, takođe, uređeno određivanje merodavnog prava za delikt nelojalne konkurencije, ali kojim su pogođeni interesi samo jednog konkurenta na tržištu. U okviru ovog poglavlja, predstavljeno je opšte koliziono pravilo iz čl. 4. Rim II Uredbe zato što čl. 6. st. 2. upućuje na njegovu primenu. Na kraju, ukazano je na probleme sa kojima se susreće sudska praksa prilikom određenja da li je radnja nelojalne konkurencije imala uticaja na konkurentске odnose i zajedničke interese potrošača ili je imala uticaja samo na pojedinačnog konkurenta i samim tim predloženi su kriterijumi za razgraničenje kako bi se napravio pravi izbor između primene čl. 6. st. 1. i čl. 6. st. 2.

2. Određivanje merodavnog prava za delikt nelojalne konkurencije kada su pogođeni interesi konkurenata i zajednički interesi potrošača (čl. 6. st. 1.)

2.1. Pojam radnje građanskopravnog delikta nelojalne konkurencije

U Rim II Uredbi, u čl. 6. st. 1. predviđeno je: "Za vanugovornu obavezu nastalu usled radnje nelojalne konkurencije, merodavno je pravo države u kojoj je došlo, ili je verovatno da će doći, do štetnog uticaja na konkurentске odnose ili zajedničke interese potrošača". Pravna kategorija u ovoj kolizionoj normi je: vanugovorna obaveza koja nastaje usled radnji nelojalne konkurencije. Postavlja se pitanje, šta se podrazumeva pod radnjom "nelojalne konkurencije" i u skladu sa pravom koje zemlje bi trebalo tumačiti ovaj pojam? Da li ga treba tumačiti u skladu sa pravom zemlje suda ili u skladu sa merodavnim pravom ili je to pak autonomni pojam, nezavisan od prava bilo koje pojedinačne države članice EU?

⁵ Međunarodna harmonija odlučivanja bi nastala kada bi sudovi svih zemalja, u sporovima u kojima se postavlja identično pitanje, donosili odluke identične sadržine. (izvor, T. Varadi i dr, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2010. str. 133.)

⁶ Pored kolizionih pravila za delikt nelojalne konkurencije, čl. 6. sadrži i koliziona pravila za delikte ograničavanja slobodne tržišne konkurencije (st. 3. i 4). Ova pravila, međutim, nisu predmet razmatranja u ovom radu i zato će biti ostavljena po strani.

Ovo je, nesumnjivo, jedan od autonomnih pojmova prava EU,⁷ jer je u pitanju oblast prava u kojoj se nacionalna prava veoma razlikuju, pa bi često mogli da nastanu problemi prilikom kvalifikacije ovog građanskopravnog delikta u sistemu kolizionih normi pred nacionalnim sudovima država članica.⁸

Autonomno tumačenje odredaba komunitarnih akata vrši Sud EU u *preliminary ruling* postupcima, kada razrešava nedoumice sudova država članica prilikom tumačenja istih. U ovim odlukama, Sud EU prilikom utvrđivanja jedinstvenog značenja spornih termina i odredaba vodi računa o sledećem.⁹ Pre svega, on mora uzeti u obzir sve jezičke verzije na kojima su propisi objavljeni zato što su odredbe na svim tim jezicima podjednako autentične. Potom, autonomni pojmovi moraju imati jedno i jedinstveno značenje u svim zemljama članicama EU. To znači da oni moraju biti nezavisni od prava pojedinačnih zemalja članica EU jer iako je, katkad, tekst odredbe isti na različitim jezicima, jedan pojam ne mora imati uvek isto značenje u različitim zemljama. Na kraju, odredbe Uredbe moraju biti tumačene u skladu sa ciljevima i sadržinom akta u kome se nalaze, kao i sa opštim načelima koja proizilaze iz komunitarnog prava.¹⁰ Sve ovo bi se moralo uzeti u obzir i prilikom definisanja pojma nelojalne konkurencije. Na žalost, Sud EU još uvek nije iznedrio jedinstvenu definiciju ovog pojma.

S obzirom na nedostatak autonomnog određenja pojma nelojalne konkurencije od strane Suda EU, da bi se odredio pojam i sadržina ovog građanskopravnog delikta, dalje, trebalo bi poći od same Rim II Uredbe. Definicija radnje delikta nelojalne konkurencije nije data u Uredbi, ali može pomoći to što je Evropska komisija u Predlogu Rim II Uredbe predvidela par smernica. Prvo, odredila je da je svrha pravila o nelojalnoj konkurenciji da zaštite lojalnu konkurenciju tako što obavezuju sve učesnike na tržištu da posluju pod istim pravilima.¹¹ Drugo, da bi se neka radnja smatrala "radnjom nelojalne konkurencije", u smislu Rim II

⁷ O pojmu "Pravo Evropske unije" i terminološkim dilemama vezanim za ovaj pojam videti u: R. D. Vukadinović, *nav. delo*, str. 3-18.

⁸ I. Kunda, Uredba Rim 2: ujednačena pravila o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obaveze u Evropskoj Uniji, u: *Zborniku pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v. 28, br. 2, 2007, str. 1293. U engleskom pravu čak i ne postoji takav delikt pa se očekuje precedent na osnovu koga bi engleski sudovi mogli da presuđuju u ovoj materiji.

⁹ A. Dickinson, *The Rome II regulation: The law applicable to non-contractual obligations*, Oxford, 2008, str. 118-125.

¹⁰ Case 29/76, *LTU vs. Eurocontrol*, [1976] ECR 1541; X. Kramer, *The Rome II regulation on the law applicable to Non-contractual obligations: the European private international law tradition continued*, *NIPR*, No. 4, 2008, str. 417 - 419.

¹¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law applicable to non-contractual obligations (Rome II), Brussels, 22. 07. 2003, COM (2003) 427 final, str. 15

Uredbe, ponašanje štetnika mora imati "neposredan i znatan" uticaj na odnose na tržištu.¹² Na kraju, Evropska komisija u Predlogu Rim II Uredbe navela je da bi se pod radnjama nelojalne konkurencije trebale smatrati (primera radi):

- 1) radnje kojima se utiče na tražnju (npr. obmanjujuće oglašavanje, prinudna prodaja);
- 2) radnje kojima se ometa slobodno snabdevanje (npr. prekid nabavke, prekid isporuke, bojkoti, mamljenje konkurentovih zaposlenih, i sl.);
- 3) radnje kojima se umanjuje vrednost konkurenta (*passing off*, odnosno korišćenje tuđih oznaka i sl.).¹³

Iako ovi primeri pomažu da se pretpostavi šta se sve može smatrati radnjama nelojalne konkurencije, problem u određenju pojma nelojalne konkurencije i dalje postoji, jer on ipak nije potpuno precizno određen. Radi utvrđivanja daljih smernica na osnovu kojih bi bilo moguće odrediti sadržinu ovog pojma, mogu se analizirati odredbe drugih akata EU i međunarodnih konvencija u kojima se ovaj pojam koristi. Naravno, mora se voditi računa da, bez obzira na istu terminologiju, različiti akti imaju različite ciljeve i polje primene, pa pojmovi i odredbe koji su identični ne moraju nužno imati isto značenje u svim tim aktima. Ipak, ako se takvim odredbama žele postići isti ili bar bliski ciljevi, opravdano je uzeti u obzir njihovo značenje u jednim aktima kako bi se došlo do pravog značenja u drugim. Prema mišljenju autora koji su pokušali da odrede ovaj pojam,¹⁴ pogodne smernice za određivanje pojma nelojalne konkurencije možemo naći u Pariskoj Konvenciji za zaštitu prava industrijske svojine iz 1883. godine, Model pravilima za zaštitu od nelojalne konkurencije i Direktivi EU br. 29/2005 o nepoštenoj trgovačkoj praksi. Naredna izlaganja posvećena su pojmu nelojalne konkurencije u ovim aktima.

2. 1. 1. Pojam nelojalne konkurencije u "srodnim" aktima

U Pariskoj konvenciji za zaštitu prava industrijske svojine iz 1883. godine¹⁵ u drugom paragrafu čl. 10. predviđeno je: "Bilo koja konkurentna radnja suprotna

¹² Isto.

¹³ Isto.

¹⁴ A. Dickinson, *op. cit.*, str. 400 - 404; M. Hellner, Unfair competition and acts restricting free competition, in: *Yearbook of Private International law* (eds. A. Bonomi, P. Volken), Vol. 9, 2007, str. 67 - 69.

¹⁵ Paris Convention for the Protection of Industrial Property, signed in Paris, France, on March 20, 1883. Kod nas ratifikovana u: "Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori i drugi sporazumi", br. 5/74 i "Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori", br. 7/86;

poštenoj poslovnoj praksi u industrijskim ili trgovačkim stvarima predstavlja akt neloyalne konkurencije". Ovom Konvencijom ponuđeni primeri radnji neloyalne konkurencije odnose se na:

- 1) bilo kakva dela koja po svojoj prirodi, ma kojim sredstvom, mogu stvoriti zabunu u odnosu na proizvode ili industrijsku, odnosno trgovinsku delatnost jednog konkurenta;
- 2) lažne primedbe pri obavljanju trgovačke delatnosti koje su takve prirode da diskredituju preduzeće, proizvode ili industrijsku, odnosno trgovačku delatnost jednog konkurenta;
- 3) oznake ili navode čija upotreba u trgovini može dovesti javnost u zabludu o poreklu, načinu proizvodnje, osobinama, pogodnostima za upotrebu ili količini robe.

U čl. 1. Model pravila za zaštitu od neloyalne konkurencije,¹⁶ koja su doneta od strane Svetske organizacije za Intelektualnu svojinu, neloyalna konkurencija je definisana kao: "*svaka aktivnost ili praksa, u smislu priredne ili trgovačke prakse, koja je protivna poštenoj praksi, kao i akti i prakse navedene u članovima 2 do 6*". U Model pravilima za zaštitu od neloyalne konkurencije, koncept neloyalne konkurencije je najšire postavljen i obuhvata sledeće oblasti:

- 1) stvaranje zabune u odnosu na nečije preduzeće ili poslovnu aktivnost;
- 2) nanošenje štete nečijem poslovnom ugledu ili reputaciji;
- 3) obmanjivanje javnosti;
- 4) omalovažavanje nečijeg preduzeća ili poslovnih aktivnosti i
- 5) odavanje tajnih informacija.

Na kraju, pojedini autori¹⁷ smatraju da je za potrebe definisanja pojma neloyalne konkurencije najbolje pratiti odredbe Direktive o nepoštenoj trgovačkoj praksi.¹⁸ Pored očigledne terminološke razlike između pojmova "neloyalna konkurencija" i "nepoštena trgovačka praksa", može se uočiti i to da se ova Direktiva odnosi samo na nepoštenu trgovačku praksu kojom se utiče na odnose između prodavca

¹⁶ WIPO Publication No 832 (E), 1996, Art 1.

¹⁷ C. Honorati, The law applicable to unfair competition, u: *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and other Non-contractual Obligations in Europe* (eds. J. Ahern, W. Binchy), 2006, str. 127-158.

¹⁸ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and the Council of 11 May 2005 concerning unfair business to consumer commercial practice in the internal market (Unfair Commercial Practice Directive).

i potrošača i koja je vezana za reklamu, prodaju robe ili snabdevanje potrošača.¹⁹ S obzirom na trodimenzionalnu funkciju pravila o nelojalnoj konkurenciji²⁰ i na potrebu za zaštitom celokupnih odnosa na tržištu, a ne samo jednog aspekta (zaštita potrošača), pojam nelojalne konkurencije bi prema ovoj Direktivi, bio preusko postavljen. Zato se tumačenjem odredaba ove Direktive ne može u potpunosti odrediti pojam nelojalne konkurencije u onom smislu kakav se koristi u Rim II Uredbi.²¹ S toga, primeri dati u Predlogu Uredbe i definicije nelojalne konkurencije predviđene Pariskom konvencijom za zaštitu prava industrijske svojine i Model Pravilima Wipo-a, sadrže potpunije smernice za određenje autonomnog pojma nelojalne konkurencije.

2. 1. 2. *Negativno određenje pojma radnje građanskopravnog delikta nelojalne konkurencije*

U određivanju "korpora" radnji koje bi se smatrale radnjama delikta nelojalne konkurencije, a za potrebe određivanja merodavnog prava u smislu Rim II Uredbe, može pomoći i to što neke situacije možemo isključiti iz polja primene čl. 6. st. 1. Pre svega, ukoliko je deliktom nelojalne konkurencije došlo ili je moglo doći do uticaja isključivo na pojedinačnog konkurenta, primeniće se čl. 6. st. 2, o čemu će biti više reči u narednim izlaganjima.

Dalje, određivanje merodavnog prava za vanugovorne obaveze koje proizilaze iz delikata ograničavanja tržišne konkurencije je regulisano posebnim kolizionim pravilom u čl. 6. st. 3. i sve što se može podvesti pod radnje ograničavanja slobodne konkurencije, ne može predstavljati radnju nelojalne konkurencije. Dakle, u potpunosti je nesporno to da se radnje koje su tačkom 23. Preambule Uredbe određene kao primeri radnji ograničavanja slobodne tržišne utakmice, ne mogu podvesti pod čl. 6. st. 1. U pitanju su: zabrana sporazuma između preduzeća, donošenja odluka od strane udruženja preduzeća i usklađena praksa koji imaju za cilj prevenciju, ograničavanje ili uništavanje konkurencije u državi članici EU ili na unutrašnjem tržištu EU kao i zabrana zloupotrebe dominantnog položaja u državi članici EU ili na unutrašnjem tržištu kada su takvi sporazumi, odluke, usklađena praksa ili zloupotreba zabranjeni članovima 81. i 82. Ugovora o osnivanju EU ili predstavljaju kršenje prava neke od država članica EU.

¹⁹ Čl. 5. Uputstva.

²⁰ Više o tome u odeljku 2.2.

²¹ Isto i A. Diskinson, *op. cit.*, str. 402. Može se koristiti samo u onom aspektu koji se odnosi na odnos između potrošača i konkurenata, ali ne i na preostale dve funkcije pravila za zaštitu lojalne konkurencije na tržištu.

Takođe, u cilju eliminisanja radnji koje se ne mogu smatrati radnjama nelojalne konkurencije izdvojićemo i delikte kojima se vređaju prava intelektualne svojine za koje je određivanje merodavnog prava posebno regulisano u čl. 8. Uredbe Rim II. Kao i za delikte ograničavanja slobodne tržišne utakmice, Komisija je u preambuli Uredbe predvidela koje su to radnje kojima se vređaju prava intelektualne svojine,²² ali i ovde može doći do nedoumica prilikom kvalifikacije u situacijama kada se jednim deliktom vređaju prava intelektualne svojine ali se njime takođe utiče na konkurentne odnose na tržištu, o čemu sudska praksa mora voditi računa.²³

2. 2. Merodavno pravo za delikt nelojalne konkurencije

2.2.1. Mesto uticaja na konkurentne odnose ili na zajedničke interese potrošača

Tačka vezivanja u kolizionoj normi za delikt nelojalne konkurencije u Rim II Uredbi je "mesto gde je došlo, ili je verovatno da će doći, do uticaja na konkurentne odnose ili zajedničke interese potrošača". Da bi se odredilo merodavno pravo za delikt nelojalne konkurencije mora se, pre svega, odrediti kakav mora biti uticaj na konkurentne odnose ili zajedničke interese potrošača, a potom šta se podrazumeva pod terminom "konkurentni odnosi i zajednički interesi potrošača". U Predlogu Rim II Uredbe je bilo predviđeno da uticaj na konkurentne odnose i zajedničke interese potrošača mora biti "neposredan" i "znatan".²⁴ To da uticaj mora biti "neposredan" odnosilo se na to da se štetnom radnjom mora neposredno uticati na celokupne odnose među konkurentima na određenom tržištu, a da nije bitno da li se njome neposredno utiče i na poslovanje pojedinačnih subjekata.²⁵ Da bi uticaj, pak, bio "znatan" predloženo je kako se ne bi dogodilo da se pod povredu prava konkurencije svrstaju i delikti manjeg značaja, koji bitno ne remete odnose na tržištu.²⁶ Iako su ovi uslovi bili sastavni deo predloga Uredbe Rim II, u konačnoj verziji ipak nisu zadržani.²⁷ Naime,

²² Tačka 26. Preambule Uredbe: "U vezi sa povredama prava intelektualne svojine, treba zadržati opšte prihvaćeno načelo *lex loci protectionis*. U smislu ove uredbe, pojam "prava intelektualne svojine" treba tumačiti tako da obuhvata, na primer: autorska i slična prava, prava za zaštitu baza podataka i prava industrijske svojine".

²³ Npr. u slučaju odavanja poverljive informacije ili korišćenja tuđih oznaka. Više o tome: A. Dickinson, *op. cit.*, str. 409.

²⁴ COM (2003) 427 final, str. 15.

²⁵ M. Hellner, *op. cit.*, str. 60.

²⁶ ECJ, C-5/69, *Völk v. Verwaecke*, [1969] ECR 295.

²⁷ Ovakav uticaj se zahteva samo kao uslov u čl. 6. st. 3. tač. b) na osnovu koga oštećeni može da izabere primenu prava zemlje u kojoj je ustanovljena nadležnost suda.

smatralo se da je sudovima teško da u praksi utvrde da li je uticaj na konkurentske odnose bio neposredan i znatan, jer nema jasnih kriterijuma koji bi mogli ukazati na jačinu uticaja i da sve to stvara pravnu nesigurnost. Praktičnije je da se, prilikom određivanja merodavnog prava, usmeri pažnja na određivanje tržišta na kome je radnja nelojalne konkurencije "realizovana", odnosno gde je došlo do povrede interesa konkurenata i potrošača, umesto utvrđivanja mesta na kome radnja nelojalne konkurencije ima neposredan i znatan uticaj na konkurentske odnose ili zajedničke interese potrošača.²⁸

Na osnovu Predloga Uredbe, tačka vezivanja "mesto gde je došlo, ili je verovatno da će doći, do uticaja na konkurentske odnose ili na zajedničke interese potrošača" odgovara mestu na kome se prostire "tržište na kome konkurenti nastoje da steknu naklonost kupaca".²⁹ Ali, zašto onda Komisija nije upotrebila termin "pogođeno tržište" (affected market), kao što je urađeno u čl. 6. st. 3?³⁰ Smatralo se da termin "pogođeno tržište" ovde ne bi dovoljno ostvario pravnu sigurnost, jer mesto nastupanja direktne štete kod delikta nelojalne konkurencije može se prostirati na užem ili širem prostoru od prostora na kome se prostire tržište u granicama pojedinačne zemlje. Korišćenjem mesta na kome se uticalo ili se moglo uticati na konkurentske odnose ili zajedničke interese potrošača, kao tačke vezivanja, kreirano je preciznije koliziono pravilo i njegova primena može se lakše prilagoditi konkretnom slučaju u kome je potrebno odrediti merodavno pravo.³¹ Naime, posledice radnji koje predstavljaju nelojalnu konkurenciju se mogu prostirati na užem prostoru od geografskog prostora na kome se prostire tržište za pojedinačan proizvod. Na primer, ukoliko štetnik objavi reklamu u novinama u kojoj bi se proizvodi oštećenog predstavljali kao proizvodi lošijeg kvaliteta od onih koje on plasira, uticaj na konkurenciju će se desiti na prostoru distribucije tih novina, a ne na tržištu na kom se prodaju ti proizvodi.³² Takve novine se mogu distribuirati u granicama jedne zemlje, ali i uže na samo jednom području. Takođe, ukoliko štetnik nekom od radnji koje predstavljaju nelojalnu konkurenciju ugrozi interese potrošača u samo jednoj državi članici, efekat takve radnje će tangirati samo interese tržišnih subjekata, u ovom slučaju potrošača, u okvirima te države, iako se područje na kome se prostire tržište gde se proizvod plasira, šire proteže. Ovako će, u većini slučajeva, domen tačke vezivanja biti ograničen, pa će odvesti do primene prava samo jedne države i tako će se izbeći

²⁸ A. Dickinson, *op.cit.*, str. 416.

²⁹ COM (2003) 427 final, str. 16.

³⁰ C. Honoratti, *op. cit.*, str. 149, smatra da nema razlike između ovih tačaka vezivanja.

³¹ Isto: A. Dickinson, *op.cit.*, str. 414.

³² Uporedi predmet C-68/93, *Shevill v Preese Alliance SA* [1995] ECR I-415.

primena više merodavnih prava po "sistemu mozaika" do koje dolazi prilikom primene opšte kolizivne norme za delikte iz čl. 4. Rim II Uredbe.

Takođe, cilj ovakvog određenja tačke vezivanja bio je i taj da se ukaže na postojanje dva različita aspekta tržišta, koja su podjednako pogođena aktom nelojalne konkurencije.³³ Naime, moderno pravo konkurencije odlikuje "trodimenzionalna funkcija", što znači da pravila kojima se štiti slobodna konkurencija na tržištu imaju kao cilj, ne samo zaštitu konkurenata kroz obezbeđivanje *fair play-a* na tržištu, već i zaštitu potrošača i celog društva. Sada, pored horizontalne dimenzije prava konkurencije - koja uređuje odnos među samim konkurentima na tržištu, postoji i vertikalna dimenzija prava konkurencije - koja uređuje zaštitu potrošača i zaštitu celokupnih društvenih interesa. Tako se kolizionim pravilom za delikt nelojalne konkurencije štite i konkurenti na tržištu (horizontalna dimenzija) i potrošači i društvo u celini (vertikalna dimenzija).³⁴ Proširenje delokruga primene ove kolizivne norme posebno se može uočiti kod uticaja na potrošače. Korišćenjem termina "zajednički interesi potrošača"³⁵ - nasuprot interesima individualnog potrošača, htelo se postići to da se koliziono pravilo iz Uredbe odnosi na najširi pojam potrošača. Prema Predlogu Uredbe Rim II, ovaj termin odnosi se na sva lica (uključujući i udruženja potrošača) koja nastoje da nabave proizvode ili usluge na tržištu, za razliku od drugih komunitarnih akata³⁶ gde se pod potrošačima podrazumevaju samo lica koja nabavljaju robu kao krajnji potrošači i ne bave se trgovinom kao svojom profesijom.³⁷

Nakon analize terminologije koju je Komisija koristila za određenje tačke vezivanja za delikt nelojalne konkurencije, potrebno je rešiti i sledeću dilemu. Da li se prilikom određivanja merodavnog prava na osnovu čl. 6. st. 1, pod tržištem na kome su generalno povređeni interesi konkurenta i zajednički interesi

³³ Odnosi među konkurentima i odnosi na tržištu generalno, uključujući i zaštitu potrošača.

³⁴ Tačka 21. Preambule Rim 2 Uredbe; COM (2003) 427 final, str. 16; Th. M. de Boer, The purpose of uniform choice-of-law rules: The Rome II regulation, *Netherlands International law review*, LVI: 295-332, Amsterdam, 2009, str. 322. Trodimenzionalna funkcija prava konkurencije je predviđena i u čl. 1. novog Nemačkog Zakona protiv ograničavanja konkurencije iz 2010. godine (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: 1. 'Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.'))

³⁵ Koncept "zajednički interesi potrošača" je preuzet iz Direktive o zaštiti potrošača (Directive 98/27 of 19 May 1998).

³⁶ Tako je u: Brisel I Uredbi u čl. 15. st. 1 i Direktivi o nepoštenoj trgovačkoj praksi u čl. 2, (a).

³⁷ COM (2003) 427 final, str. 15.

potrošača, smatra tržište u okviru teritorijalnih granica jedne zemlje ili se pojam tržišta posmatra šire, kao neki od ekonomskih oblika tržišta koji postoje unutar Evropske unije (unutrašnje, zajedničko i sl.)? Ako se pojam tržišta uže shvati i ograniči granicama država članica, to bi nesporno olakšalo postupak određivanja merodavnog prava, jer bi tačka vezivanja upućivala na pojedinačno i tačno određeno nacionalno pravo jedne od država članica.³⁸ U suprotnom, ako se prihvati šire tumačenje i izjednači tačka vezivanja sa mestom gde je došlo do uticaja na celokupno tržište (tržište kao ekonomski pojam i bez obzira na nacionalne granice) to bi otežalo primenu ove tačke vezivanja, jer bi ona tada automatski ukazivala na prava više država. Bilo koje stanovište da se prihvati, radnja nelojalne konkurencije često ima uticaja na konkurentske odnose ili kolektivne interese potrošača, u prvom slučaju - na tržištima nekoliko država članica ili, u drugom slučaju - na jednom tržištu ali koje se prostire na teritoriji nekoliko država članica.

2. 2. 2. *Primena više merodavnih prava*

U situaciji kada direktna šteta nastupi na teritoriji nekoliko zemalja i tako opšta koliziorna norma iz čl. 4. uputi na nekoliko prava, na deo štete koji je na teritoriji tih zemalja nastao, distributivno će se primeniti pravo svake od tih država (tzv "sistem mozaika"³⁹). Ovaj sistem distributivne primene prava više država nastao je kao ideja nakon donošenja odluke Suda EU 1993. godine u slučaju *Shevill*.⁴⁰ Naime, na osnovu čl. 5. st. 3. Brisel I Uredbe, oštećeni može izabrati da, umesto sudu opšteg foruma (u mestu prebivališta tuženog), tužbu za štetu nastalu radnjom nelojalne konkurencije podnese sudu u mestu gde je preduzeta štetna radnja. Prema tumačenju Suda EU, u ovom slučaju, mesto gde je štetna radnja preduzeta odnosi se i na mesto gde su nastupile štetne posledice po oštećenog. Pošto je šteta nastupila na teritoriji nekoliko zemalja članica, sudovi svih tih zemalja su mogli biti nadležni za deo štete koji je nastao na njihovim teritorijama, dakle - distributivno. Nakon donošenja Rim II Uredbe, zaključilo se da bi se

³⁸ Ovo stanovište se smatra više prihvatljivim na osnovu tumačenja Predloga Rim 2 Uredbe u kome Komisija problem koji nastaje kada je potrebno primeniti više merodavnih prava vezuje samo za situaciju u kojoj delikt nelojalne konkurencije ima uticaja na teritoriji nekoliko država ali se ne bavi situacijom kada se jedno tržište prostire na teritoriji više zemalja. Ovo rešenje je prihvaćeno i u Švajcarskom građanskom zakoniku u čl. 136.

³⁹ Org. naziv: Mosaicbechtractung.

⁴⁰ Uporedi predmet C-68/93, *Shevill v Preese Alliance SA* [1995] ECR I-415.

ovakav sistem mogao preslikati i na primenu merodavnih prava u slučajevima u kojima direktna šteta nastane na teritoriji nekoliko zemalja.⁴¹

Da li se "sistem mozaika" može analogno primeniti i u slučaju određivanja merodavnog prava kod delikta nelojalne konkurencije i tako rešiti dilema sudova u situaciji kada radnja nelojalne konkurencije ima uticaja na teritoriji nekoliko zemalja članica EU? Iako primamljiva ideja, mora se zaključiti da bi primena merodavnog prava svake države na čijoj teritoriji je došlo do uticaja na konkurentne odnose ili zajedničke interese potrošača po "sistemu mozaika" bila posebno komplikovana, kada je u pitanju delikt nelojalne konkurencije. Kao što je već izneto, cilj kolizionog pravila za delikt nelojalne konkurencije je da se zaštite širi društveni interesi i celokupno funkcionisanje tržišta na kome konkurenti nastoje da steknu naklonost kupaca. To dovodi do toga da tačka vezivanja često ukazuje na geografsko područje koje se prostire na teritoriji nekoliko zemalja ili čak i na prostoru neke od zona slobodne trgovine - što obično nije slučaj kod ostalih građanskopravnih delikata. Tako, da u obzir dolazi mnogo više prava. Pored toga, tačka vezivanja iz čl. 6. st. 1. ne odnosi se na mesto gde su nastupile štetne posledice akta nelojalne konkurencije na pojedinačnog oštećenog (tada se primenjuje se čl. 6. st. 2. koji upućuje na primenu čl. 4. i tačke vezivanja su različite u ovoj situaciji),⁴² pa je teže utvrditi koji deo štete je nastao na kojoj teritoriji. A posebno je nepraktično to što čl. 6. st. 1. ne sadrži klauzulu izuzetka, kao što je sadržana u čl. 4. Da je sadrži, sud bi kao merodavno pravo odredio upravo pravo sa kojim slučaj ima najbližu vezu, pa ne bi ni došlo do distributivne primene prava više država po sistemu mozaika.

Ove komplikacije mogu se najbolje primetiti u situaciji u kojoj štetnik stvara pogrešnu predstavu na tržištu o kvalitetu robe oštećenog i time narušava njegov poslovni ugled. Uticaj na obim prodaje oštećenog dešava se samo na teritoriji jedne zemlje, ali tržište na kome se roba plasira je mnogo šire i prostire se na teritoriji više zemalja. Kada se primeni koliziono pravilo iz čl. 6. st. 1, dolazi se do distributivne primene prava svih zemalja u kojima se prostire tržište na kome konkurenti posluju. Dakle, u ovom primeru, iako se uticaj na njegove pojedinačne interese dogodio na teritoriji jedne države, sud neće moći da primeni pravo samo one zemlje u kojoj je i došlo do uticaja na prodaju oštećenog već će morati da primeni prava svih zemalja na čijim teritorijama se prostire tržište na

⁴¹ O problemima koji mogu nastati primenom sistema mozaika prilikom primene čl. 4: A. Mills, *The Application of Multiple laws under the Rome II Regulation*, u: *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations* (eds. J. Ahern, W. Binchy), A New International Litigation Regime, Leiden-Boston, 2009, str. 134.

⁴² O ovome će biti više reči u 3. tački.

kome ovaj konkurent plasira robu. Odnosno, sud će tada distributivno primeniti prava svih onih država na čijim teritorijama se prostire tržište na onaj deo štete koji je na teritoriji svake od tih država nastao. To je zato što su i štetnik i oštećeni učesnici na većem tržištu gde u okviru svojih delatnosti dolaze u kontakt i sa drugim tržišnim učesnicima pa tako posredno dolazi do uticaja i na druge konkurente i kolektivna prava potrošača pa i prava zemalja u kojima oni učestvuju na tržištu takođe moraju biti merodavna.⁴³ Ali, to nije pravično rešenje, s obzirom da se uticaj na obim prodaje dogodio na teritoriji samo jedne države.

Jedan od načina kojim bi mogli da se izbegnu problemi prilikom određivanja merodavnog prava u ovim i sličnim situacijama je da se, pre svega, prihvati usko tumačenje tačke vezivanja po kome bi se ona odnosila samo na tržište u okviru jedne zemlje. Drugi način bi bio taj da se posredan uticaj na javnost posmatra kao zanemarljiv u odnosu na neposredan uticaj na pojedinačnog konkurenta i tako dođe do primene čl. 6. st. 2, kako bi nas to vratilo na primenu čl. 4. pa tako i na primenu klauzule izuzetka.⁴⁴

3. Određivanje merodavnog prava za delikt nelojalne konkurencije kada su pogođeni interesi pojedinačnog konkurenta (čl. 6. st. 2.)

U čl. 6. st. 2. takođe je uređeno pitanje određivanja merodavnog prava za delikt nelojalne konkurencije, ali u situaciji kada radnja nelojalne konkurencije pogađa interese samo jednog konkurenta na tržištu. Čl. 6. st. 2. glasi: "*Kada se radnjom nelojalne konkurencije utiče isključivo na interese pojedinačnog konkurenta na tržištu, primeniće se čl. 4.*" Dakle, ukoliko dođe do ovakvog pojedinačnog uticaja, da bi se odredilo merodavno pravo, primeniće se opšta koliziorna norma za delikte iz čl. 4. Uredbe Rim II. Kako bi se u celosti prikazao put određivanja merodavnog prava za vanugovorne obaveze nastale usled radnji nelojalne konkurencije, i u situaciji kada su povređeni zajednički interesi i u situaciji kada su povređeni interesi pojedinačnog konkurenta, u razmatranjima koja slede biće ukratko prikazane odredbe iz čl. 4. Uredbe Rim II. Potom, neophodno je napraviti razgraničenje između uticaja na konkurentne odnose ili zajedničke interese potrošača (kada se primenjuje čl. 6. st. 1.) i uticaja na pojedinačnog konkurenta (kada se primenjuje čl. 6. st. 2.) jer će supsumiranje određene činjenične situacije pod jednu, odnosno drugu kolizionu normu, znatno uticati na izbor merodavnog prava.

⁴³ A. Dickenson, *op. cit.*, str. 417.

⁴⁴ *Isto.*, str. 418.

3.1. Opšta kolizionna norma za delikte po Rim II Uredbi

U čl. 4. st. 1 predviđeno je: "Ukoliko drugačije nije predviđeno ovom Uredbom, merodavno pravo za vanugovorne obaveze koje proističu iz delikata, će biti pravo one zemlje u kojoj se šteta desila, nezavisno od zemlje u kojoj je počinjena štetna radnja i nezavisno od zemlje ili zemalja u kojima su nastupile posledice tog delikta." Dakle, opštom kolizionom normom za delikte kao tačka vezivanja predviđeno je "mesto direktne štete" (*lex loci damni* pravilo).⁴⁵ To će biti mesto gde je došlo do neposredne povrede pravnog dobra,⁴⁶ odnosno mesto gde je povreda naneta ili imovina oštećena.⁴⁷ Ovakvo koliziono rešenje sasvim je opravdano, jer se njime precizira tačka vezivanja za građanskopravne delikte, pa se tako rešavaju mnogi problemi koje je tradicionalna *lex loci delicti commissi* tačka vezivanja stvarala u praksi.⁴⁸

Pored osnovnog pravila, u čl. 4. predviđena su i dva odstupanja. Prvo odstupanje odnosi se na situaciju kod koje u vreme nastanka štete oštećeni i štetnik imaju uobičajeno boravište u istoj zemlji. Tada će se i primeniti pravo zemlje u kojoj imaju zajedničko uobičajeno boravište (čl. 6. st. 2.). Uobičajeno boravište fizičkih lica je autonomni pojam, a Uredbom je kao putokaz predviđeno da se za određenje ovog mesta trebaju uzeti u obzir faktički kriterijumi. Međutim, što se tiče pravnih lica, Uredbom je precizirano da je uobičajeno boravište pravnog lica u mestu u kome se nalazi stvarno sedište, a ukoliko se radi o fizičkom licu koje obavlja privrednu delatnost, u mestu u kome tu delatnost obavlja. Ukoliko šteta nastupi u okviru poslovanja neke od filijala, zastupništava ili drugog oblika poslovne aktivnosti, pod mestom uobičajenog boravišta smatraće se mesto gde se ta filijala, zastupništvo ili poslovna aktivnost nalaze.⁴⁹

⁴⁵ Ovo je jedan od oblika opšteprihvatanog *lex loci delicti commissi* pravila, odnosno pravila po kome će biti merodavno pravo mesta u kome je izvršen delikt.

⁴⁶ Takođe, pod mestom direktne štete se podrazumeva i mesto verovatnog (pretpostavljenog) nastupanja štete shodno čl. 2. st. 3. Uredbe Rim 2.

⁴⁷ Čl. 17. Uredbe Rim 2.

⁴⁸ Najviše problema je ovo pravilo stvaralo kod distancionih delikata, kod kojih se štetna radnja vrši u jednoj zemlji a posledice štetne radnje nastupaju u drugoj ili se uzroci nastupanja štete prostiru na teritoriji više zemalja. Problemi su nastajali i zbog različitog definisanja "mesta gde je delikt nastao" jer se u nekima zemljama pod ovim smatra mesto činjenja štetne radnje, u drugim mesto nastupanja štete, odnosno posledice štetne radnje a u trećim se podrazumeva i jedno i drugo ali korigovano time da će se primeniti ono merodavno pravo koje je povoljnije za oštećenog ili ima bližu vezu sa slučajem.

⁴⁹ Čl. 23. Uredbe Rim 2.

Drugo odstupanje odnosi se na primenu "specijalne klauzule odstupanja" iz čl. 4. st. 3. kojom se daje mogućnost sudu da primeni pravo sa kojim, na osnovu svih okolnosti slučaja, slučaj ima "očigledno bližu vezu". Ovom odredbom se koliziorna norma čini "gipkijom" i omogućava se sudijama da ukoliko procene da konkretan slučaj ima jači kontakt sa nekom drugom državom nego sa onom na koje je ukazalo *lex loci damni* pravilo ili koja je država njihovog zajedničkog uobičajenog boravišta, primene pravo te države. Očigledno bliža veza sa drugom državom postoji, ukoliko je između stranaka postojao neki pravni odnos pre nastanka štete prouzrokovane radnjom nelojalne konkurencije (npr. ukoliko je između njih zaključen neki ugovor).⁵⁰ No, u praksi, retko će i dolaziti do primene klauzule izuzetka jer će delikt, u najvećem broju slučajeva, biti najviše povezan upravo sa zemljom u kojoj je nastupila direktna šteta ili zemljom u kojoj obe stranke imaju uobičajeno boravište.⁵¹ To se i podudara sa time da je klauzula odstupanja ipak izuzetak i da se mora usko tumačiti.⁵²

Na kraju, neophodno je napomenuti da se, kod određivanju merodavnog prava za vanugovorne obaveze nastale iz građanskopravnih delikata, odredbama Uredbe Rim II strankama daje mogućnost izbora merodavnog prava u sporovima povodom vanugovorne odgovornosti za delikte.⁵³ Sporazum o izboru merodavnog prava oštećeni i štetnik moraju zaključiti nakon nastupanja štetnog događaja, osim ukoliko obavljaju trgovačku delatnost kada sporazum može biti zaključen i pre nastupanja istog.⁵⁴ Autonomija volje stranaka, pak, nije dozvoljena kada su u pitanju delikti nelojalne konkurencije i ograničavanja tržišne konkurencije, kao i kod povrede prava intelektualne svojine.⁵⁵

Nakon predstavljanja načina na koji se određuje merodavno pravo za delikte na osnovu opšteg pravila Rim II Uredbe, jasno je da kvalifikacija uticaja na kolektivni ili pojedinačni znatno utiče na ishod spora jer je razlika između

⁵⁰Više o prethodnom odnosu među strankama: I. Kunda, *nav.delo*, str. 1288. i S. Symeonidas, Rome II and tort conflicts: A missed opportunity, *American Journal of Comparative law*, No. 56, 2008, str. 15-21.

⁵¹ F. Garcimartín Alférez, The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code, *The European Legal Forum* (E) 3-2007, München, 2007. str. 83.

⁵² Vid: U. Grušić, Rim 2 Uredba (Regulativa) Evropske Unije: Merodavno pravo za vanugovorne obaveze, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LVII, 1, 2009, str. 175; R. Fentiman, The Significance of close connection, *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, (eds. J. Ahern, W. Binchy), A New International Litigation Regime, Leiden - Boston, 2009, str. 88 - 92; COM (2003) 427 final, str. 15.

⁵³ Čl. 14. Uredbe Rim 2.

⁵⁴ Čl. 14. st. 1. Uredbe Rim 2.

⁵⁵ Čl. 6. st. 4. i čl. 8. st. 3. Uredbe Rim 2.

supsumiranja jedne situacije pod čl. 6. st. 1. i supsumiranja te iste pod čl. 6. st. 2, velika. Naime, primenom čl. 6. st. 2. otvaraju se nove mogućnosti prilikom određivanja merodavnog prava.⁵⁶ Pre svega, u toj situaciji, stranke bi mogle same da odaberu merodavno pravo jer je autonomija volje zabranjena kada je delikt nelojalne konkurencije u pitanju,⁵⁷ ali ne i za delikte uopšte. Drugo, ukoliko štetnik i oštećeni imaju uobičajeno boravište u momentu nastanka štete u istoj zemlji, primeniće se pravo te zemlje (shodno čl. 4. st. 2.). Najveća razlika između primene čl. 6. st. 1. i čl. 6. st. 2. je to što nam druga varijanta omogućava korišćenje klauzule izuzetka iz čl. 4. st. 3. To praktično znači da, ukoliko postoji zemlja sa kojom slučaj ima očigledno bližu vezu, primeniće se pravo te zemlje, a ne one u kojoj je nastupila direktna šteta ili u kojoj se nalazi zajedničko uobičajeno boravište stranaka. Tada se sudu daje mnogo veća sloboda u izboru merodavnog prava.

3. 2. Razgraničenje između kolektivnog i pojedinačnog uticaja

Prilikom izbora između čl. 6. st. 1. i čl. 6. st. 2, u sudskoj praksi postoji problem, jer je teško napraviti razgraničenje između pojedinačnog uticaja i šireg uticaja (na konkurentne odnose i zajedničke interese potrošača). Ovaj problem nastaje usled činjenice da kada se radnjom nelojalne konkurencije utiče na interese jednog konkurenta, skoro uvek se posredno utiče i na interese drugih subjekata na tržištu sa kojima taj konkurent posluje. Da bi predupredila rešenje ovog problema, Evropska komisija je u Memorandumu uz Predlog Uredbe Rim II predvidela primere radnji nelojalne konkurencije kojima se utiče na interese pojedinačnog konkurenta:

- 1) neprikladno mešanje u konkurentov posao;
- 2) mamljenje konkurentovih radnika;
- 3) navođenje konkurenta da krši obaveze iz poslovnih ugovora;
- 4) mešanje u konkurentov odnos sa snabdevačima i potrošačima;
- 5) industrijska špijunaža;
- 6) korupcija i
- 7) odavanje poslovne tajne.⁵⁸

⁵⁶ C. Wadlow, *op. cit.*, str. 793; isto navodi i: M. Hellner, *op. cit.*, str. 56.

⁵⁷ Čl. 6. st. 4. Uredbe Rim 2.

⁵⁸ COM (2003) 427 final, str. 16.

Iako se ovim radnjama posredno negativno utiče i na odnose na tržištu (preko odnosa koje oštećeni konkurent ima sa drugim konkurentima i potrošačima), Komisija je zaključila da bi ove radnje trebalo smatrati "bilateralnim", jer se njima neposredno utiče samo na interese konkurenta protiv koga su usmjerene.⁵⁹ Odnosno, smatraće se da je taj posredni uticaj na odnose na tržištu irelevantan u odnosu na neposredan negativan uticaj na konkretnog konkurenta pa je više opravdano primeniti čl. 4. Uredbe.⁶⁰

No, da li je na ovaj način moguće napraviti razgraničenje i u slučajevima koje Komisija nije predvidela u Predlogu Uredbe? U praksi je vrlo teško odrediti kriterijum na osnovu koga bi se jedna situacija kvalifikovala kao uticaj na više konkurenata, zajedničke interese potrošača, funkcionisanje celog tržišta ili čak i na celo društvo, a druga kao uticaj radnje nelojalne konkurencije na interese samo jednog tržišnog konkurenta. Uzmimo kao primer građanskopravni delikt nelojalne konkurencije - "korišćenje tuđih oznaka".⁶¹ Da bi uopšte nastala šteta vršenjem ove radnje neophodno je da korišćenjem tuđih oznaka bude obmanuta potrošačka javnost. Dakle, negativni uticaj na širu javnost konstitutivni je elemenat ovog građanskopravnog delikta i samim time se uticaj ove radnje nelojalne konkurencije ne može ograničiti na pojedinačnog konkurenta. Tako posmatrano, čl. 6. st. 2. ne bi se mogao primeniti. Ali, ako bi se drugačije posmatrala ova situacija i ako bi se pretpostavilo da je javnost uvek, manje ili više, posredno pogođena radnjama nelojalne konkurencije, tada bi se odnos između čl. 6. st. 1 i čl. 6. st. 2. mogao postaviti drugačije. Tada bi se čl. 6. st. 1. primenjivao kada se radnjom nelojalne konkurencije direktno uticalo na konkurentne odnose ili zajedničke interese potrošača, a čl. 6. st. 2. bi se primenjivao uvek kada se direktno i nesrazmerno uticalo na pojedinačnog konkurenta. Tako posmatrano, u slučaju korišćenja tuđih oznaka, primenio bi se čl. 6. st. 2. jer je tu samo jedan konkurent pogođen direktno i nesrazmerno.⁶² Pa,

⁵⁹ COM (2003) 427 final, str. 16; Uz napomenu da nije bitna namera koju je štetnik imao, nego stvarne posledice radnje nelojalne konkurencije.

⁶⁰ To stoga što se direktno oštećeni konkurent ne treba lišiti mogućnosti da se kao merodavno primeni pravo mesta u kome on ima uobičajeno boravište ili pravo sa kojim je slučaj očigledno bliže povezan.

⁶¹ Originalni naziv "*passing-off*". U srpskom zakonodavstvu bi to odgovaralo radnji nelojalne konkurencije "prodaja robe sa oznakama, podacima ili oblikom, kojima se opravdano stvara zabuna kod potrošača u pogledu izvora, kvaliteta i drugih svojstava te robe" kako je predviđeno u čl. 50. st. 1, tač 3) Zakona o trgovini, *Sl. glasnik RS*, br. 53/2010 i 10/2013.

⁶² C. Wadlow, The new private international law of unfair competition and "Rome II" Regulation, *Journal of Intellectual Property law and Practice*, Vol. 4, No. 11, 2009, str. 792.

kada se može proceniti da li je "posredan" uticaj na tržište dovoljno veliki da implicira primenu čl. 6. st. 1, a ne čl. 6. st. 2?

Da bi se napravilo razgraničenje između pojedinačnog i šireg uticaja bitno je, za početak, ograničiti se na direktne posledice radnje nelojalne konkurencije a izostaviti posmatranje namere koju je štetnik imao prilikom vršenja radnji nelojalne konkurencije. Čak i ukoliko je štetnik imao nameru da ugrozi interese pojedinačnog konkurenta, prilikom opredeljivanja za primenu st. 2. ili st. 1, relevantno je posmatrati samo mesto gde je šteta nastupila, odnosno gde je došlo do uticaja na šire konkurentske odnose ili zajedničke interese potrošača.

Dalje, za razgraničenje mogli bi se koristiti isti kriterijumi koje je Komisija smatrala relevantnim da gore navedene primere radnji nelojalne konkurencije izdvoji kao one kojima se utiče na pojedinačnog konkurenta. Naime, da bi se uticaj na konkurenta smatrao "bilateralnim", kako Komisija navodi, morao bi postojati neki prethodni odnos između štetnika i oštećenog ili bi se moralo dokazati da se konkretnim aktom nelojalne konkurencije nije uticalo na druge učesnike na tržištu. Ipak, analizom ova dva kriterijuma za svrstavanje uticaja u "bilateralne", može se zaključiti da oni nisu podjednako pouzdani da naprave razgraničenje.

Pre svega, teško je pravdati primenu čl. 6. st. 2. postojanjem ranije uspostavljenog poslovnog odnosa jer on ne mora nužno da bude sastavni element nekih od radnji nelojalne konkurencije. On čak i ne postoji kod nekih od radnji koje su navedene kao primeri pojedinačnog uticaja u Predlogu Uredbe (npr. industrijska špijunaža). Šta više, sasvim je realno zamisliti situaciju u kojoj jedna firma čini delikt nelojalne konkurencije tako što vrši industrijsku špijunažu poslovanja konkurentne firme a da između te dve firme nije postojao nijedan poslovni odnos ranije. S toga, ne može se smatrati da je postojanje prethodnog poslovnog odnosa među strankama dovoljno pouzdan pokazatelj da su povređeni samo interesi pojedinačnog konkurenta.

Drugi, više opredeljujući pokazatelj je činjenica da se konkretnim aktom nelojalne konkurencije, ni na koji način, nije uticalo na druge učesnike na tržištu, sem jednog konkretnog konkurenta. Tačnije, ono što definitivno može da opredeli koje će se koliziono pravilo primeniti je odgovor na pitanje, da li je štetnik dobio korist na račun samo jednog konkurenta, a da pritom njegova radnja nije materijalno uticala na uslove konkurencije na tržištu kao celini, ili ne.⁶³ Pritom, odgovoriti na pitanje - da li je radnja štetnika mogla materijalno da promeni uslove za slobodnu konkurenciju na tržištu, nije lak zadatak za sudsku praksu. I

⁶³ A. Dickenson, *op. cit.*, str. 406.

dalje mogu postojati nedoumice, naročito kod nekih graničnih situacija u kojima je uticaj na interese pojedinačnog konkurenta znatan, ali je značajno veliki i uticaj na konkurentske odnose na tržištu ili zajedničke interese potrošača. Na primer, ako bi štetnik ukrao poslovnu tajnu od oštećenog koja bi mu omogućila da proizvodi i prodaje robu na tržištu gde konkuriše, ne samo oštećenom nego i drugim konkurentima, teško je proceniti da li je u pitanju uticaj samo na interese oštećenog ili šire od toga.⁶⁴ Ipak, za razliku od gore navedenog primera gde je uticaj na opštu javnost konstitutivni element delikta korišćenja tuđih oznaka, u ovom primeru je ispravnije primeniti čl. 6. st. 2. jer se krađom poslovne tajne direktno uticalo samo na pojedinačnog konkurenta.

No, konačno rešenje ne treba naći u striktnom opredeljenju za izbor prvog ili drugog stava čl. 6, a u zavisnosti od vrste radnji kojima se narušava lojalna konkurencija. Najbolje je ostaviti sudovima da naprave ovu procenu u svakom konkretnom slučaju, koristeći kao pokazatelje upravo pojedinosti tog slučaja.⁶⁵

4. Zaključci

Koliziona norma za delikt nelojalne konkurencije, koja je sadržana u čl. 6. st. 1 i čl. 6. st. 2. Rim II Uredbe, u skladu je sa modernim tendencijama i "trodimenzionalnom funkcijom" pravila o zaštiti lojalne konkurenciji na tržištu, jer se u prvi plan ističe potreba za zaštitom celokupnih tržišnih odnosa i društva. Ipak, na osnovu čl. 6. st. 2. će se, ukoliko su neposredno pogođeni interesi pojedinačnog konkurenta, primeniti opšta kolziona norma za delikte iz čl. 4. koja je podesnija da se prilagodi zaštiti pojedinačnih interesa. Ovakvom kombinacijom koluzionih rešenja, vodilo se računa i o specifičnostima ove pravne kategorije ali i o interesima pojedinačnih konkurenata.

Problemi u primeni ove kolizione norme mogu nastati zbog nedovoljno preciznog određenja pojma i korpusa radnji nelojalne konkurencije, što će postojati sve dok Sud EU ne odredi jedinstveni autonomni pojam. Ovi problemi će naročito biti izraženi ukoliko u praksi dođe do ugrožavanja konkurentskih odnosa na tržištu radnjom koja nije predviđena kao primer u Predlogu Uredbe. Smernice za određenje korpusa radnji kojima se narušava lojalna konkurencija se mogu pronaći u Pariskoj konvenciji za zaštitu prava industrijske svojine, Model pravilima za zaštitu od nelojalne konkurencije i, delimično, u Direktivi o nepoštenoj trgovačkoj praksi.

⁶⁴ Primer preuzet od: C. Wadlow, Trade secrets and the Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations, *EIPR*, 2008, str. 311-312, koji sugeriše da svi slučajevi krađe poslovnih tajni se podvode pod čl. 4 Uredbe, bilo direktno ili preko čl. 6. st. 2.

⁶⁵ Isto i C. Wadlow, *The new...*, str. 793.

Tačka vezivanja - mesto gde su pogođeni konkurentski odnosi ili zajednički interesi potrošača pogodnije je rešenje od termina "pogođeno tržište". Dalji problemi mogu nastati jedino ukoliko se ugrožavanje konkurentskih odnosa ili kolektivnih interesa potrošača dogodi na teritoriji jednog (unutrašnjeg) tržišta, a koje se prostire u više zemalja. Za to, rešenje se, u ovom momentu, može naći samo u uskom tumačenju pojma tržišta i eventualnoj primeni čl. 6. st. 2.

Na kraju, jedan od najvećih problem u sudskoj praksi će biti kvalifikacija, odnosno razgraničenje između uticaja na pojedinačnog konkurenta na tržištu i uticaja na celokupne tržišne odnose. Ovu situaciju bi trebalo rešiti tako da, ukoliko se proceni da je uticaj radnje nelojalne konkurencije dovoljno intenzivan da materijalno promeni uslove za slobodnu konkurenciju na tržištu, treba primeniti čl. 6. st. 1. Suprotno tome, ako je korist štetnika stvorena na račun samo jednog konkurenta, ima osnova jedino za primenu čl. 6. st. 2. Intenzitet uticaja treba procenjivati na osnovu pojedinosti svakog konkretnog slučaja.

Selena Tomović*

Applicable Law for Tort of Unfair Competition According to the Rome 2 Regulation

Summary

In this paper, author is focusing on the determination of the law applicable to non-contractual obligation for damage resulting from the acts of unfair competition, under EU law. The paper is actually devoted to the analysis of conflict of law rules for tort of unfair competition as provided in Art. 6.1. and Art. 6.2. of the Regulation on the law applicable to non-contractual obligations (Rome 2 Regulation). First, the author tried to define the tort of unfair competition and than to precise connecting factor in this choice of law rule which is reflecting in the place where competitor relations or the collective interests of consumers are, or likely to be, affected. Also, it analized a situation in which the act of unfair competition affects the interests of an individual competitor in the market (Art. 6.2.), when it is necessary to apply general collision rule for determining the law

* Associate, Faculty of Law University of Kragujevac.

applicable to non-contractual obligations regulated in Art. 4. in the Rome 2 Regulation.

Keywords: Applicable law, EU law, Rome 2 Regulation, non-contractual obligations, unfair competition.