

Godina XIV

2012.

Broj 2-3.

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

Uređivački odbor

Miloš Baltić, Aleksandar Ćirić, Duško Lopandić, Miroslav Paunović, Jelena Perović, *zamenik glavnog urednika*, Vuk Radović, Maja Stanivuković, Mirko Vasiljević, Radovan D. Vukadinović.

Međunarodna redakcija

Steven Blockmans (Holandija), Rajko Knez (Slovenija), Nevenko Misita (Bosna i Hercegovina), Vitomir Popović (Republika Srpska), Dragan Radonjić (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

Urednik: dr Mina Zirojević Fatić

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., XIV(2012) 2-3. U elektronskom formatu Revija se nalazi na: <http://www.pravo.eu.org/revija-za-evropsko-pravo.html>

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 XIV

2012.

Broj 2-3.

SADRŽAJ

ČLANCI

Norbert Reich	Critique of the Draft Regulation for a Common European Sales Law (CESL) under a Concept of „Reflexive Contract Governance in the EU“	5
Nevenko Misita	Lisabonski ugovor – sadržaj i revizija ustavnog okvira	37
Slobodan Doklešić	Problem lažnih supstituta kod definisanja relevantnog tržišta u pravu konkurencije	71
Velimir Živković	Nekoliko pitanja povodom odnosa Predloga Uredbe o zajedničkom evropskom pravu prodaje i Međunarodnog privatnog prava EU	97
Vesna Ćorić Erić i Aleksandra Rabrenović	Utvrđivanje oblasti primene osnovnih prava u pravu Evropske unije	117

REVIEW OF EUROPEAN LAW

Periodical Review of the Association for European Law

Volume XIV

2012

No. 2-3

CONTENTS

ARTICLES

Norbert Reich	Critique of the Draft Regulation for a Common European Sales Law (CESL) under a Concept of „Reflexive Contract Governance in the EU“	5
Nevenko Misita	Lisbon Treaty – content and revision of constitutional framework	37
Slobodan Doklešić	Problem of false substitutes in defining of the relevant market in the competition law	71
Velimir Živković	Several issues regarding the relationship of the Proposal of the Regulation on Common European Sales Law and the EU International private law	97
Vesna Ćorić Erić i Aleksandra Rabrenović	Determining the scope of application of EU fundamental rights	117

ČLANCI - ARTICLES

Norbert REICH*

UDK: 347.451:061.1EU

str. 5- 36.

CRITIQUE OF THE DRAFT REGULATION FOR A COMMON EUROPEAN SALES LAW (CESL) UNDER A CONCEPT OF „REFLEXIVE CONTRACT GOVERNANCE IN THE EU“

<i>Abstract</i>	6
I. "A Connecticut Yankee (David Trubek?) at King Arthur's Court" (EU law?)	6
II. How to balance open markets and consumer protection standards in the EU?	11
1. Conflict of law methods	12
2. From "minimum" to "full" to "half" harmonisation	14
3. OMC and dispute resolution	16
III. Optional instruments for an optimal EU contract legislation- "ghost" or "host" for integration?	18
1. From the Draft Common Frame of Reference (DCFR) to an "Optional Instrument" (OI)	18
2. The "Feasibility Study" of 3.5.2011 and draft CESL of 11.10.2011	21
3. CESL as a hybrid contract law – the challenges of proportionality as an EU constitutional principle under Art 5 (4) TFEU	25
3.1. No necessity for B2SMU cross-border transactions	28
3.2. Is there a real "necessity" of CESL in B2C transactions?	29
IV. Open Method of Coordination and Convergence in a Reflexive Contract Governance in the EU	33

* Prof. Dr Dr. hc, Emeritus, University of Bremen; ; e-mail: n.reich1@gmx.net. The paper will also be published in a separate „Festschrift“ honouring my friend and colleague David Trubek.

Abstract

Contract law has been in a process of rapid development in the EU in the last years. It has started from rather modest common (now internal) market and consumer protection perspectives where David Trubek has been a critical observer from the outset with a strong interest in alternative modes of regulation like "soft law" and "open methods of coordination (OMC)" beyond the traditional "Community method", based on his socio-legal experiences in a federal system like the US. Following this legacy, the paper first makes reference to EU-consumer legislation which has undergone an attempt of review by modifying the original "minimum" to a "full harmonisation approach" but which resulted in some sort of "half harmonisation" in the recent Consumer Rights Directive (CRD) 2011/83/EU of 18.10.2011. Even more ambitious are EU-Commission plans to introduce an "Optional EU contract law" for businesses and consumers based on prior work of expert commissions consisting mostly of law teachers. This has resulted in a Commission proposal for a "Regulation on a Common European Sales law" (CESL) of 11.10.2011 which raises a multitude of constitutional, political and legal questions. The author challenges the conceptual basis of the proposal under the "necessity test" of the proportionality requirement of Art. 5 (4) TEU. Instead, recourse to the reflections of David Trubek is recommended which would encourage a "reflexive contract governance" as a combination of "hard" and "soft law" methods of regulation, supplemented by the conflicts-of-law method. This approach should meet genuine needs of business for improved market access and guarantee a high level of consumer protection in the EU without creating additional impediments to market integration.

I. "A CONNECTICUT YANKEE (DAVID TRUBEK?) AT KING ARTHUR'S COURT" (EU LAW?)

This paper had originally been drafted to honour Prof. David Trubek, University of Wisconsin Law School who to a surprising extent has contributed to EU law and legal thinking from an outside critical yet well informed and reflexive position. Remembering the well known novel by Mark Twain published in 1889 hailed by many as a triumph, full of genuine insight and sensitivity to social injustices throughout the ages in England even though not very optimistic about improvements promised by law reform, David Trubek can be regarded to be a "A Connecticut Yankee in King Arthur's" (the EU) Court.

David Trubek became known to me when he prepared a study on consumer protection for the "Integration through Law" series edited by Mauro Cappelletti, Monica Seccombe and Joseph Weiler for the European University

Institute (EUI). It resulted in a copious book published in 1987.¹ I had just before published or been responsible – with Hans Micklitz – for a series of studies on Consumer Law in the then 9 Member States of the EC,² and this resulted in a series of most rewarding exchanges where I could profit from David Trubek's "insight from the outside" of US federalism to just emerging of EEC/EC/EU internal market and consumer policies. Indeed, the interrelation between open markets and protective policies has been brilliantly developed in his introductory chapter of the 1987 book, where he clearly foresaw that the "further effect of consumer protection law on open borders is that of diversity *per se*. The more variation there is among the laws of member states in common markets, the more costly it can be for a seller to supply all the national markets that are included" (p. 3) – an argument which the EU Commission just recently used in its attempts to create a Common European Sales Law (CESL)³ to which I will turn later. David Trubek developed a theory of *de iure* and *de facto* so-called "regulatory gaps" which justified Community intervention in consumer policy matters under the then still underdeveloped competence framework of the EEC (he refers to Art. 100 and 235 EEC requiring unanimity). His pleading for a "modern political economy of consumer protection" (p. 7) criticising and going beyond mere liberal principles of "achievable transparency and static intervention" is certainly worth to be remembered under to-days conditions. His insistence on "responsiveness, diffuse interests, and access" of regulation (pp. 10-12) coins requirements and conditions which have become important in later work. At the same time he criticised the then rather haphazard approach of the EEC to consumer policy as consisting "of a series of separate and largely uncoordinated actions which have very different implications of consumer law in Europe and reflect the existence of very different views on consumer protection within the Community institutions" (p. 23). Has this been changed later?

¹ Th. Bourgoignie and D. Trubek, *Consumer Law, Common Markets and Federalism*, de Gruyter, Berlin-New York, 1987.

² N. Reich and H. W. Micklitz, *Consumer Legislation in the EC Countries – A Comparative Analysis*, Van Nostrand Reinhold, New York, 1980; followed by country reports of the then 9 Member Countries of the EC.

³ COM (635) final of 11.10.2011.

A shift to EU employment policy issues in his later work⁴ demonstrated a similar creativity of David Trubek's socio-legal writing and learning, despite - or because - of his position as being on "outsider" to the EC-law governing doctrines like "integration through law", "supremacy and direct effect", and "Community method of harmonisation." The debate on the "*Open Method of Coordination (OMC)*" launched by a Commission White Paper on Governance of 2001⁵ found his special interest. It defined the OMC's basic principles of good governance as "openness, participation, accountability, effectiveness, and coherence." This paper proposed a number of measures in this direction. These included better structured relations to "civil society" by involving NGOs (Non Governmental Organisations), although without questioning the "Community method" of action as a "top-down" way to achieve integration.⁶ It was however quite critical towards an exclusive reliance on the OMC method of governance: it "must not dilute the achievement of common objectives in the Treaty or the political responsibility of the Institutions. It should not be used when legislative action under the Community method is possible."⁷

In a joint paper of Joanne Scott and David Trubek, the authors go deliberately beyond the rather restricted and to some extent rhetorical approach of the Commission which they criticise insofar as the EU has not really begun to confront the legitimacy challenge it is facing. European courts, in their opinion, have "tended to ignore, or distort, new governance, in order that new governance can be accommodated by the premises of a traditional, positivist concept of law."⁸ They see the advantage of this new type of action

⁴ D. Trubek, *The European Employment Strategy and the Future of EU Governance*, 2003.

⁵ COM (2001) 428 final of 25 July 2001; for a broader discussion see C. Joerges/R. Dehousse (eds.), *Good Governance in Europe's Integrated Markets*, OUP 2002; K. Armstrong, *Rediscovering Civil Society: The EU and the White Paper on Governance*, *ELJ* 2002, 102; E. Szyszak, *Experimental Governance: The Open Method of Coordination*, *ELJ* 2006, 486; G. de Búrca/J. Scott (eds.), *Law and New Governance in the EU and the US*, Hart 2006; M. Dawson, *New Governance and the Proceduralisation of European Law: The Case of the Open Method of Coordination*, *EUI Florence* 2009; W. v. Gerven, *Private Law in a Federal Perspective*, in: Brownsword et al. (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Hart, 2011, 337 at 343.

⁶ At p. 8.

⁷ *Id.* at 22.

⁸ Scott & Trubek, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the EU*, *European Law Journal (ELJ)* 2002, 1, 16.

as allowing involvement of the actors concerned *via* "social dialogue."⁹ They define OMC as a characteristic of "new governance," which does not aim at hard law subject to implementation and supervision by the CJEU (Court of Justice of the EU), instead acting as a soft law mechanism allowing the participation of social actors, particularly in areas where the EEC had no or only limited regulatory competences like in employment and social policy (now Art. 145, 151 TFEU).¹⁰ They define the following advantages of OMC over harmonization:

- "Participation and power-sharing"
- "Multi-level integration"
- "Diversity and decentralization"
- "Deliberation"
- "Flexibility and revisability"
- "Experimentation and knowledge creation".¹¹

In a later paper, Trubek, Cottrell, and Nance have tried to combine soft- and hard-law methods in European integration.¹² This could be a method for combining soft law, with regard to "facilitative" contract law, and hard law, in mandatory law matters like consumer law, non-discrimination, and protection of commercial agents in the internal market.

This author's view toward the White Paper was less critical than that of the above mentioned authors. I'm probably too much a positivist EU lawyer with a preference for legislation and "hard law". In my opinion, governance in the Union would have to use both the traditional "Community method" and new methods like OMC. Particularly important seemed to me forms of law making involving the social actors. In this way it will be possible to try out new forms of *co- and self-regulation* with the participation of those involved. An example have been rules on decision making in the area of Social Policy¹³ where the social partners (organizations of public and private employers

⁹ *Id.* at 4

¹⁰ *Id.* at 4-5.

¹¹ *Id.* at 5-6.

¹² See Trubek & al., "Soft Law," Hard Law," and European Integration: Toward a Theory of Hybridity (Univ. of Wisc. Law School, *Legal Stud. Res. Paper Series*, Paper No. 1002, 2005).

¹³ Art. 139 EC (now Art. TFEU 153), excluding however measures on pay, right of association, right to strike and to lock-outs; for a discussion see F. Möslein/K. Riesenhuber, *Contract Governance – A Research Agenda*, *European Review of Contract Law (ERCL)* 2009, 248 at p. 263.

together with trade unions) agree on measures to be taken. These may then be transposed into law by Community institutions.¹⁴

A more specific example of David Trubek's work where our minds and interests met again has been the so-called "Laval"-saga where the CJEU ruled on the incompatibility of social action of Swedish labour unions against a Latvian company intending to post workers in Sweden which were originally to be subject to (allegedly less protective) standards of the home (Latvia) and not the host country (Sweden).¹⁵ The judgment which condemned the action of the Swedish labour unions as incompatible with EC/EU law and made them subject to compensation under Swedish law,¹⁶ aroused strong criticism in academia, including my Bremen colleagues Joerges/Rödl.¹⁷ I had defended the judgment from a perspective of Latvian companies and workers who had been promised free access to the EU labour markets after their accession to the EU in 2004, while restrictions were allowed only under the conditions of the Posted Workers Directive (PWD) 96/71/EEC¹⁸ which, as the CJEU had found, had not been met by Sweden.¹⁹

A paper of David Trubek²⁰ advocated a much more subtle and nuanced approach which is concerned with finding a "Union mechanism to balance the economic and the social" which he calls a "reflexive balancing." It

¹⁴ Reich, *Understanding EU Law*, 2nd ed., Intersentia Mosselen, 2005 at p. 309.

¹⁵ CJEU case C-341/05 *Laval un Partneri Ltd. V Svenska Byggnadsarbetareförbundet et al.*, [2007] ECR I-11767; see also the parallel case C-438/05 *International Transport Worker's Federation and Finnish Seaman's Union vs. Viking Line ABP et al.* [2007] ECR I-10779.

¹⁶ See the judgment of the Swedish Labour Court of 2 Dec. 2009, comment by Bernitz/Reich, *CMLRev* 2011, 603.

¹⁷ Informal politics, formalised law, and the 'social deficit' of European integration – Reflections after the Judgments of the CJEU in Viking and Laval, *ELJ* 2009, 1.

¹⁸ [1997] OJ L 18/1.

¹⁹ N. Reich, Free Movement and social rights in an enlarged Union – *German Law Journal* 2008, 125; same, Fundamental freedoms vs. fundamental rights – did Viking get it wrong?, *Europarättslig Tidskrift* 2008, 851 however criticising the (ab)use of the proportionality argument by the Court in Viking; see also E. Engle, A Viking We will GO: Neo-corporatism and Social Europe" in *German Law J* 2010, 635 insisting on the importance of Viking and Laval for EU labour mobility against neo-corporatist arrangements of the traditional social state like Sweden and Finland.

²⁰ David Trubek with Marc Nance, The Strange Case of the Posted Workers Directive: EU Law as Reflexive Coordination, unfortunately only available as unpublished paper to the Cambridge Conference of 19 Sep. 2008 on Viking and Laval.

combines "soft" and "hard" law, particularly important in regulating labour relations on an EU level where only limited competences exist.²¹ Directive 96/71 is understood as an effort to coordinate the employment law regimes of the home (Latvia) and host state (Sweden) not by prescribing mandatory labour standards, but by authorising the host state to impose specifically listed protective standards under certain conditions on companies and workers from the home state by respecting the principles of non-discrimination and transparency (which he calls universality and foreseeability). I could only agree with his conclusion "that (it would be unacceptable) to give to unions powers that are denied to the Member States and (thereby) undermine the whole structure of universality and foreseeability that seems to be the core policies behind the PWD".²²

II. HOW TO BALANCE OPEN MARKETS AND CONSUMER PROTECTION STANDARDS IN THE EU?

The reflections of David Trubek on EU integration and law making in delicate social fields like consumer protection and labour standards may present an interesting and useful approach to take a fresh look on the ongoing and rather controversial discussion about a European (or rather EU) private or more limited contract law.²³ Without overly abusing of David Trubek's insightful remarks on EEC/EC/EU policy making and governance by law he probably would welcome a more coherent approach to consumer policy, including consumer contract law which has been an issue of EU legislative activity, case law of the CJEU and conceptual concerns of the EU Commission for the last 20 years and has been documented elsewhere.²⁴ But a paradox resulted out of this EU encroachment of a new policy field: instead of making marketing and protection conditions within the EU in the interest of both business and consumers more compatible, the original technique of

²¹ See his paper with Louise Trubek, *Hard and Soft Law in the Construction of the European Social Model - The Role of the Open Method of Coordination*, *ELJ* 2005, 345.

²² At p. 22.

²³ I continue the discussion which started with David Trubek's invitation to give a talk at the Wisconsin Law School was published as: Reich, *A European Contract Law - Ghost or Host for Integration?* *Wisconsin IntLJ* 2006, 425.

²⁴ Reich, *Harmonisation of European Contract Law - with special emphasis on Consumer Law*, in: *China-EU Law Journal* 2011, 55-94; Japanese translation in: *Modern Consumer Law*, Vol. 11, pp. 70-85, 12, 79-89.

"minimum harmonization" resulted in an even greater diversity than before.²⁵ In order to overcome this new "regulatory gap", the Commission devised three contradictory strategies, namely

- the use of conflict-of-laws regulations to coordinate (not regulate!) diversity – similar to Dir. 96/71 which had been so ably analysed by David Trubek in his remarks on the Laval saga;
- a shift to the so-called "full harmonisation approach" – which resulted, as will be shown, in a "half harmonisation";²⁶
- the use of OMC-methods in the area of out-of-court dispute settlement (ADR and ODR schemes Union-wide).

The following lines will give a short overview of the existing state of EU "hard" and soft" consumer law, keeping in mind David Trubek's plea for using more flexible regulatory patterns without abandoning the "Community (= Union) method" of mandatory legislation where it is still feasible and necessary.

1. Conflict of law methods

A conflict of law method of balancing open market and consumer protection imperatives in area of contracting had already been proposed by the Rome Convention of 1980 which after ratification by the then 12 Member States became part of their law on 1 April 1991, even though not as an EU instrument but rather an international treaty closely linked to internal market policy. Power to decide on referrals of interpretation was given to the CJEU only by Protocol of 1 August 2004.²⁷ Consumer protection was regulated in Art. 5 and served as a model for later initiatives:

- On the one hand, it allowed traders freedom of choice –which usually meant choosing their home law – even in consumer contracts; the "default" rule of Art. 4 referred to the application of the "home country" of the trader.

²⁵ See the detailed study by Schulte-Nölke et al. (eds.), *Consumer Law Compendium*, 2007.

²⁶ See Reich, Von der Minimal- zur Voll- zur Halbharmonisierung, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP) 2010, 7-39.

²⁷ Details Micklitz/Reich/Rott, *Understanding EU Consumer Law*, 2009, para 7.2.

- On the other hand, in a choice of law-situation it provided for a "better protection rule" for the so-called "passive consumer" described in Art. 5 (2): the consumer must not be deprived of the protection provided by the mandatory provisions of his home country.²⁸

In principle the same approach was taken over by the later so-called Rome I-Regulation 593/2008 of 17 June 2008 "on the law applicable to contractual obligations",²⁹ even though its scope of application was considerably extended, in particular in cases where the professional "directed its activities" to the consumers' home country.³⁰ The "better protection rule" was maintained in Art. 6 (2) in case of choice of law by the professional under Art. 3.³¹ I have argued that this provision in most cross-border consumer disputes in the Union allows a fair balancing between the imperatives of an open market on the one hand and the requirements of consumer protection either by EU or/and Member States law. In order to avoid still possible *de iure* or *de facto* "regulatory gaps", for instance by different implementation of consumer directives in the Member states, allowed under the minimum harmonisation principle, professionals and consumer associations should be encouraged to draw up soft-law "codes of practice" allowing a Union-wide guarantee of "high standards" which would make reference to divergent national laws unnecessary.³² So far this initiative has not yet been taken up, even though

²⁸ Supra note 27 paras 7.8-13.

²⁹ [2008] OJ 176/6.

³⁰ For a clarification see the CJEU judgment of 7.12.2010, joined cases C-585/08 and C-144/09 *Peter Pammer et al v Reederei Karl Schlüter et al.* [2010] ECR 12527; it is not necessary that the contract be concluded by means of distant communication, opinion of AG Villalón of 24.5.2012 and the Court of 6 Sept. 2012 in case C-190/11 *Mühlleitner v. A. W. Yusufi*.

³¹ For a detailed analysis see now Reich, EU Strategies in Finding the Optimal Consumer Law Instrument, (ERCL), 2012, 1 at paras 18, 26; a similar view has been developed by St. Grundmann, Kosten und Nutzen eines Europäischen Optionalen Kaufrechts, paper delivered at a special meeting of the German Zivilrechtslehrervereinigung on 20/21.4.2012 in Cologne, *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP) 2012, 502.

³² This approach has been described in some detail in a joint paper by G. Howells/H.-W. Micklitz/N. Reich, *Optional Consumer Law Standards for Businesses and Consumers*, 2011, which was prepared for the European Consumer Association BEUC accessible at www.BEUC.eu.

the EU Commission has supported it in other areas like unfair commercial practices and service contracts.³³ But this is not an argument against it.

2. From "minimum" to "full" to "half" harmonisation

A second strategy used by the Commission to close regulatory gaps in the process of making consumer law compatible with the imperatives of an open internal market has been the so-called "full harmonisation strategy".³⁴ Even though the "minimum harmonisation approach" found support in the case law of the CJEU, most recently in its *Caja de Ahorros*³⁵ judgment of 3.6.2010 - though exceptionally subject to limitations under the internal market imperatives³⁶ - the Commission found that the leeway given to Member states created new impediments to trade in the internal market.³⁷ They could only be overcome by "full harmonization", that is not allowing Member states to introduce "better consumer protection" provisions within the scope of a directive, for instance on "Unfair Commercial Practices" under Dir. 2005/29/EC and Consumer Credit under Dir. 2008/48/EC.³⁸ In a series of cases under the so-called black list of Dir. 2005/29 the CJEU supported the strict approach by the Commission and did not allow Member states to set up their own black lists of per se prohibited unfair commercial practices.³⁹

When the Commission proposed a "Consumer Rights Directive" on 8 October 2008,⁴⁰ it wanted to modify the "minimum harmonisation approach" of 4 consumer contract law Directives of the so-called *acquis* - 85/577/EEC on Doorstep Selling,⁴¹ 93/13/EEC on Unfair Terms,⁴² 97/7/EC on Distance

³³ For details see *Howells/Micklitz/Wilhelmsson, Fair Trading Law*, Ashgate 2006, pp. 185; Micklitz, *The Service Directive - Consumer contract law making via standardisation*, in: *Liber amicorum Brüggemeier*, Nomos, 2009, pp. 483.

³⁴ For details see Reich, *WisInt LJ* supra note 23 at pp. 445.

³⁵ C-484/08 *Caja de ahorros y Monte de Piedad v Ausbanc* [2010] ECR I-4785.

³⁶ C-205/07 *Gysbrechts* [2008] ECR I-9947.

³⁷ See the references in *Micklitz/Reich/Rott*, supra note 27 at paras 1.8, 1.30, 1.48.

³⁸ For details I have again to refer to *Micklitz/Reich/Rott* at paras 2.19 and 5.10.

³⁹ C-261 + 299/07 *VTB et al v Total et al* [2009] ECR I-2949 and later cases, C-540/08 *Mediaprint v. "Österreich" Zeitungsverlag*, [2010] ECR I-10909.

⁴⁰ COM (2008) 614 final.

⁴¹ [1985] OJ L 372/31.

⁴² [1993] OJ L 95/29.

Contracts⁴³ and 99/44/EC on Sales of Consumer Goods and Associated Guarantees,⁴⁴ by the full harmonisation. Its Art. 4 provocatively read:

"Member States may not maintain or introduce, in their national law, provisions diverging from those laid down in this Directive, including more or less stringent provisions to ensure a different level of consumer protection."

This aroused a storm of protest both in academia⁴⁵ and in the European Parliament.⁴⁶ In a sort of compromise, the final version of the "Consumer Rights Directive (CRD)" 2011/83/EU of 25.10.2011⁴⁷ has "fully" harmonised the provisions on "off-premises" (formerly doorstep) and distance contracts, while modifying the "minimum harmonisation approach" of Dr. 93/13 and 99/44 only to a very limited extent. The CRD also contains rules on pre-contractual information, including digital content, on payment clauses and on passing-of risk and delivery not subject to scrutiny here. I have called this approach "half harmonization".⁴⁸

It is well possible that the next round of reviewing the "consumer contract law acquis" will bring again modifications of its scope of application, perhaps this time by way of a directly applicable regulation as I had proposed it already in my Wisconsin paper.⁴⁹ A recent study by Twigg-Flesner⁵⁰ has

⁴³ [1997] OJ L 144/19.

⁴⁴ [1999] OJ L 171/12.

⁴⁵ Without even trying to make a full reference to the many contributions to this debate, I refer to the papers in G. Howells/R. Schulze (eds.), *Modernising and Harmonising European Contract Law*, 2011. See also Micklitz/Reich, *Crónica de una muerte anunciada*, *CMLRev* 2009, 471.

⁴⁶ See the overview by A. Schwab/A. Giesemann, *Die Verbraucherrechte-Richtlinie: Ein wichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (EuZW) 2012, 253; A. Schwab was reporting member of the EP for the Consumer Rights Directive; for a critical account see St. Weatherill, *The Consumer Right Directive: how and why a quest for „coherence“ has largely failed*, *CMLRev* 2012, 1279; more positive however O. Unger, *Die Richtlinie über Rechte der Verbraucher*, *ZEuP* 2012, 270.

⁴⁷ [2011] OJ L 303/64.

⁴⁸ Reich, *supra* note 26.

⁴⁹ *Supra* note 23 at pp. 458-463.

⁵⁰ Chr. Twigg-Flesner, *A Cross-Border Only Regulation for Consumer Transactions in the EU – A Fresh Approach to EU Consumer Law*, Springer NY – Heidelberg, 2012.

advocated the elaboration of a Regulation for cross-border consumer transactions only. It would run parallel to existing EU directives and Member State law. This debate shows on the one hand the inherent dynamism and on the other the conflict potential of consumer law making and application in the EU. It will certainly not be solved when this paper is published.

3. OMC and dispute resolution

Since dispute resolution of consumer conflicts with business is a matter left the national law under the - controversial⁵¹ - principles of "procedural autonomy" and only subject to special cross-border instruments aiming at a mutual recognition of judicial and similar instruments according to the general competence under Art. 81 TFEU,⁵² the setting up of "alternative dispute resolution mechanisms" (ADR) is left to Member states and to the market partners themselves. The EU only has an indirect competence in that field, namely by including ADR-mechanisms in sectoral directives, as had been done in Art. 24 of the Consumer Credit Dir. 2008/48; similar provisions exist in other consumer relevant instruments.⁵³ The principles under which such instruments are supposed to operate have been laid down in two Commission recommendations, namely 98/237/EC⁵⁴ and 2001/310/EC⁵⁵ which were part of the *Alassini* litigation of the CJEU.⁵⁶ The CJEU referred also to the principle of effective judicial protection of Art. 47 of the EU Charter of Fundamental Rights, thus "upgrading" "non-binding" recommendations beyond Art. 288 (5) TFEU.

The importance of the case lies in providing certain guidelines as to the principles specific to the online dispute settlement procedures (ODR). The *Alassini* case adds other principles to those set forth in the recommendations.

⁵¹ For a critical discussion see the contributions of Adinolfi and Bobek in: Micklitz/de Witte (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Intersentia 2012, pp. 281, 305; D.-U. Galetta, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, Springer 2011.

⁵² Again I refer to Micklitz/*Reich/Rott*, paras 7.31-7.45.

⁵³ Details are given in the Gutachten (study) of H. Micklitz, *Brauchen Unternehmen und Verbraucher eine neue Architektur des Verbraucherrechts?* for the 69. Deutscher Juristentag, Munich 2012.

⁵⁴ [1998] OJ L 115/31.

⁵⁵ [2001] OJ L 109/56.

⁵⁶ Joined cases C-317/08 and C-320/08 *Rosalba Alassini v Telecom Italia et al.* [2010] I-2213.

It seems that CJEU hints that a procedure by a court of law need not necessarily be the primary entity to decide consumer disputes. The ODR mechanism may be mandatory on two conditions. First, the mandatory nature of the ODR is proportionate to aims pursued. Second, the party required to participate in the mandatory ODR must have the right to bring an action in the court if it is not satisfied with the outcome of the ODR. The ODR procedure must not cause substantial delay for the purposes of bringing legal proceedings and must suspend the period for the time-barring of claims (principle of legality). The ODR should not entail any costs or give rise only to very low costs for the parties (principle of effectiveness/fairness); the ODR mechanisms established in Member States must pay due account to the above mentioned recommendations. Soft law becomes "quasi-hard law" under the scrutiny of the CJEU!

It seems that *Alassini* encouraged the Commission to adopt two proposals concerning ADR/ODR mechanisms in the Union: Proposals for a Directive on Consumer ADR and for a Regulation on Consumer ODR were published on 29.11.2011.⁵⁷ The first will make it an obligation of Member States to provide for ADR mechanisms in certain specially defined consumer disputes, including those of traders against consumers (which seems somewhat strange, however!). These mechanisms will have to obey to certain principles like expertise and impartiality, transparency, effectiveness, and fairness. Member states must make sure to inform about "the types of rules the ADR entity may use as a basis for the dispute resolution (e.g. rules of law, considerations of equity, codes of conduct) (Art 7 (1) g). This is an indirect recognition of "soft law" to be used at least in the preliminary stage of a legal dispute.

The ODR proposal wants to establish a Union-wide electronic platform which can be used by consumers from different EU-countries and which will process complaints to the competent national ODR mechanisms. The question of language will be solved by using a Union-wide form which is available in all EU languages.

Again, I will not go into details.⁵⁸ What is important is the recognition by EU institutions, in particular the Commission but also the CJEU to use "soft law"

⁵⁷ COM (2011) 793 + 794.

⁵⁸ For a first assessment, see Reich, Individueller und kollektiver Rechtsschutz im EU-Verbraucherrecht, Nomos 2012, pp. 47.

mechanisms as an instrument to solve consumer disputes "in the shadow of the law" and of formal court procedures which have proved to be ineffective in particular in cross-border settings.⁵⁹ Even though the term "OMC" is nowhere mentioned by the Commission, the proposed policy certainly qualifies for an OMC label. A new architecture of dispute settlement could be the result of these initiatives, leading to a "de-legalisation" of consumer disputes with a stronger emphasis on efficiency and effectiveness in particular in cross-border transactions, and elevating the status of "soft law" as an equivalent to "hard law" which will only give a framework of disputes resolution.

III. OPTIONAL INSTRUMENTS FOR AN OPTIMAL EU CONTRACT LEGISLATION- "GHOST" OR "HOST" FOR INTEGRATION?

1. From the Draft Common Frame of Reference (DCFR) to an "Optional Instrument" (OI)

As already mentioned, the Commission has presented a proposal for an EU Regulation for a Common European Sales Law (CESL). Its adoption - even though it is not likely to take place in the near future - would transform the "ghost" of my Wisconsin paper indeed into a "(permanent?) host" of EU law and integration. Is this a welcome host, or will it remain an unwelcome intruder? This question will be debated in the following lines. Before doing so one should briefly recapitulate the development stages of an EU specific contract law in the last 5 years.

When I wrote my Wisconsin paper, the term "Common Frame of Reference (CFR)" was already coined, and a large group of European civil law scholars had been assembled under the two headings of "Study group" and "*Acquis* group".⁶⁰ In 2007/8 a first interim draft CFR⁶¹ was presented to the Commission, which was followed in 2008/9 by a final version,⁶²

⁵⁹ See the seminal paper by V. Gessner, *Europas holprige Rechtswege, Liber amicorum N. Reich*, Nomos 1997, pp. 163.

⁶⁰ For an overview see Twigg-Flesner, *supra* note 50 at pp. 46.

⁶¹ C. v. Bar, E. Clive & H. Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law -Draft CFR Interim Outline Edition*, 2008 Sellier Munich.

⁶² C. v. Bar, E. Clive & H. Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law -Draft CFR Outline Edition*, Sellier Munich. 2009.

supplemented by 6 copious volumes of notes and explanations.⁶³ An intense academic debate followed.⁶⁴ It is not necessary to go closer into this discussion. Three points should be remembered because they are of relevance for the following discussion on a European contract law:

- The principles and provisions contained in the DCFR went far beyond mere contract law; they contained rules on the law of obligations in general (e.g. on non-contractual obligations like tort, unjust enrichment, and *negotiorum gestio*), on a number of specific contracts beyond sales law, particularly in the area of services, and on transfer of property and security interests in movables; some criticized that the authors "over-fulfilled" the mandate given by the Commission.
- The DCFR wanted to integrate mandatory consumer law provisions, particularly those from the *acquis* into the general rules of EU private law which – in contracting – contained mostly "default" rules. Therefore, Art. I.-1:105 (1) of the DCFR provides: „A ‚consumer‘ means any natural person who is acting *primarily* for purposes which are not related to his or her trade, business or profession". This definition was broader than the traditional one used in the *acquis* to allow the inclusion of so-called "double purpose contracts" which usually would not come into the scope of the consumer protective provisions of EU law according to the *Gruber* case law of the CJEU.⁶⁵
- The legal character of the DCFR remained unclear. In its early communications, the Commission regarded it as a "toolbox" for future legislation – a somewhat dismissive term for the enormous scholarly

⁶³ C. v. Bar, E. Clive & H. Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law –Draft CFR – Full edition*, Sellier Munich 2009.

⁶⁴ See Cafaggi/Micklitz (eds.), *European Private Law after the CFR*, E. Elgar 2010; H. Eidenmüller et al., *The CFR for European Private Law – Policy Choices and Codification Problems*, *OxfJLS* 2009, 659-708; N. Jansen/R. Zimmermann; *A European Civil Code in all but name*, *CLJ* 2010, 98; M. Hesselink, *The CFR as a source of European Private Law*, *Tulane LRev* 2009, 919-971; O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Policy Issues and the DCFR*, *ERCL* 2010, 39; S. Vogenauer, *CFR and UNIDRPOIT-Principles of International Commercial Contract: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law*, *ERCL* 2010, 143; P. Larouche/F. Chirico (eds.), *Economic Analysis of the DCFR*, Sellier Munich, 2011; G. Wagner (ed.), *The CFR – A View from Law and Economics*, 2009; not to mention the many French, German, and Italian contributions.

⁶⁵ C-464/01 *Johann Gruber v Bay Wa AG* [2005] ECR I-439 decided under the mechanism of the Brussels Convention.

work which went into it. But the Commission certainly did not want to endorse the work formally because of a "competence gap" in the EU Treaties regarding general contract and even more private law legislation in the EU.⁶⁶ This had not been changed by the Lisbon Treaty on European Union, rather to the contrary: Art. 5 TEU insisted on a narrow reading of EU competences based on the principle of "conferral" and limited by the provisions on subsidiarity and proportionality to which I will turn later.

Couldn't the provisions of the DCFR be used – at least partially – for an "optional instrument" of EU contract law? Indeed, for many supporters of a EU specific private law the idea of an optional instrument looked like a panacea against the "competence gap" described above, and numerous academic and political contributions discussed matters of competence, scope and relation to national law of an EU OI, filling an entire issue of the *European Review of Contract Law (ERCL)* after a conference in Leuven in 2010.⁶⁷ This debate was to some extent kicked off by a Commission Green paper of 1.7.2010⁶⁸ which has been reviewed elsewhere.⁶⁹ Many questions found controversial answers:

- The competence basis: internal market under Art. 114 or "reserve competence" of Art. 352 TFEU, the first being subject to majority voting,

⁶⁶ See already my remarks in my 2006 *WisIntLJ* paper supra note 23 at pp. 437-449.

⁶⁷ Contributions by Riesenhuber, Sefton-Green, Gutman, Howells, Augenhöfer, Maugeri, Meli, Twigg-Flesner, Mak, Gome and Ganuza, Hesselink, Cristas, Cartwright, Rutgers, and Castermans, in the special issue of *ERCL* 2011, 115-366.

⁶⁸ COM (2010) 348 final.

⁶⁹ C. Herrestahl, Ein europäisches Vertragsrecht als Optionales Instrument, *EuZW* 2011, 7; K. Tonner, Das Grünbuch der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht für Verbraucher und Unternehmer – Zur Rolle des Verbrauchervertragsrecht im europäischen Vertragsrecht, *EuZW* 2010, 767; H. Rösler, Rechtswahl und optionelles Vertragsrecht in der EU, *EuZW* 2011, 1; M. Tamm, Die 28. Rechtsordnung der EU: Gedanken zur Einführung eines grenzüberschreitenden B2C Vertragsrecht, *GPR* 2010, 281; J. Cartwright, 'Choice is good' Really? Paper presented at the Leuven conference on an optional contract law, *ERCL* 2011, 335. A comprehensive study with detailed recommendations has been prepared by a working group of the Hamburg Max Planck-Institute for Comparative and International Private Law, "Policy Options for Progress Towards a European Contract Law", 2011, MPI paper 11/2 = *RebelsZ* 2011, 373 (in the following: MPI-study); Reich, supra note 31 at pp. 5-13 with further references on the questions mentioned below see also: ESC, position paper on options for a European contract law, OJ C 84/1 of 17.3.2011.

the second needing unanimity in the Council and the consent of the European Parliament?

- The personal scope: only B2C or B2B or both?
- The territorial scope: only cross-border or internal and cross-border?
- Use of a so called "blue button" proposed by Schulte-Nölke specially to the needs of e-commerce?⁷⁰

2. The "Feasibility Study" of 3.5.2011 and draft CESL of 11.10.2011

The Commission, eager to push for an EU contract law after long years of only symbolic interest, did not even await the outcome of the consultation procedure and set up an "Expert Group" to study the feasibility of producing an OI on European Contract Law in April 2010.⁷¹ The Expert Group presented its results in record time after one year of work on 3.5.2011.⁷² It proposed a draft European Sales Law, including provisions on general contract law, special (mostly mandatory) rules on consumer transactions, but also general rules on the law of obligations like damages, restitution, and prescription. A short consultation period was foreseen which was to end on 1 July 2011. The Commission finally published its draft CESL on 11.10.2011 - again in record time which obviously did not allow any in-depth discussion.

How to approach a long, complex, and many layered document? The Commission has with some modifications - particularly concerning the inclusion of "digital content" which did not figure in the Feasibility study of 3.5.2011 and only found a definition and some information-specific

⁷⁰ Schulte-Nölke, EC Law on the Formation of Contract - from the Common Frame of Reference to the Blue Button', *ERCL* 2007, p. 348f.: „The 'Blue Button' would be an Optional Instrument enabling businesses to set up a European-wide e-shop which has only to comply with one set of rules. Such an Optional Instrument would solve most of the cases likely to arise in B2C as well as B2B and C2C relations. When buying goods in an e-shop the client could easily choose the application of the Optional Instrument by clicking on a 'Blue Button' on the screen showing his or her acceptance of the optional European Law... If the client chooses the 'Blue Button', the optional European Law would derogate the law which otherwise were applicable to the conflict of law rules...", critique Micklitz/Cafaggi, *After the Common Frame of Reference*, 2009 pp. XXX.

⁷¹ Commission Decision [2010] OJ L 105/109.

⁷² http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf; contributions in: Schulze/Stuyck (eds.), *An optional instrument for EU Contract Law*, 2011; the feasibility study is printed on pp. 217 ff.

provisions in Art 2 (11), 5 (1) g), h), 6 (1) r), s) of the CRD 2011/83 - more or less taken over the content and the concrete proposals of the Expert group. The proposal of an EU OI has a double headed structure:

- The Regulation (with an explanatory memorandum and recitals, as common in EU legal instruments) as such will cover "general EU law matters" (the so-called "chapeau"), like the objectives and legal basis of the instrument, the definitions, the scope of application, the agreement to and enforcement of a fair and transparent "opt-in"-procedure in business to consumer (B2C) transactions, obligations and remaining powers of Member States, and miscellaneous technical issues;
- Annex I contains the detailed provisions (186 articles) of the "Common European Sales Law - in the following CESL", Annex II a "Standard Information Note" explaining an eventual consumers' opt-in. No recitals or explanations are attached to the Annex.

This paper will give only a short overview of the structure and the basic content both of the *chapeau* and annex - without even trying neither to analyse their central provisions nor to go deeper into the already very controversial discussion. The main interest of this paper, as indicated in the opening paragraphs referring to the work of David Trubek, will be to look at its potential contribution to solving or at least alleviating the ongoing conflict between integration and protection in the EU, not to add to the already many most technical comments.

The main points can be summarised as follows:

- The CESL is supposed to be a measure of the internal market in the sense of Art. 114 TFEU and would therefore follow the ordinary legislative procedure by majority voting both in the Council and the EP - a basis certainly to be welcomed by the EP which has always resisted any competence norm where it is not an equal partner like in Art. 352 TFEU.⁷³ This is justified because the proposal removes "obstacles to the exercise of fundamental freedoms which result from differences between national law, in particular from the additional transaction costs and perceived legal complexity experienced by traders when concluding cross-border transactions and the lack of confidence in their

⁷³ See CJEU case C-436/03 *EP v Council* [2006] ECR I-3733 para 43-44 concerning the legal basis of the European Cooperative Society which was based on Art. 352 TFEU and challenged by the EP which lost its case!

rights experienced by consumers when purchasing from another country – all of which have a direct effect on the establishment and functioning of the internal market and limit competition".⁷⁴

- CESL has a limited personal scope: it is applicable to B2SMU (business to business) contracts where one of the parties is an SMU (small or medium sized undertaking as defined in Art. 7 (2) which can be extended by Member States), or B2C contracts under the narrow definition of the *acquis* whereby "consumer" means any natural person who is acting for purposes which are outside the person's trade, business, craft, or profession." This would exclude most dual-purpose contracts, contrary to recital 17 of the new Consumer Rights Directive 2011/83.⁷⁵
- CESL is supposed to be available to cross-border contracting, with the possibility of Member States to make possible its use also for purely internal transactions, Art. 13 a). In B2C situations, the cross-border element is however defined very broadly in Art. 4 (3) depending on the address indicated by the consumer (whether or not it is identical with the habitual residence!); the delivery address for goods; or the billing address. It is therefore not restricted, as one could have imagined by the "blue button" concept, to distance contracts or e-commerce. This means that in a "face-to-face situation" where a consumer in Germany contracts with a company established in Germany but delivery will be done in France, the CESL could be used by a special opt-in, alongside with normally applicable German law.⁷⁶ Is that an attractive perspective for business or consumers? Why allow a "journey to the unknown" when all parties are used to contracting according to their legal traditions and no real link with a cross-border element is established, except the rather superficial element of a delivery address abroad as part of the performance of a contract which under normal circumstances in conflict-of-law matters does not have any influence on applicable law?

⁷⁴ Explanatory memorandum at at p. 9.

⁷⁵ Critique Micklitz/Reich, The Commission Proposal of a Regulation for an Optional "Common European Sales Law" – Too broad or not broad enough? EUI Working papers Law 2012/04 = [www.ssrn-id2013183\[1\].pdf](http://www.ssrn-id2013183[1].pdf), Part I paras 18-22 at pp. 12.

⁷⁶ See the critique by Twigg-Flesner, *surpa* note 50 at p. 76.

- Its substantive scope is limited to the "sale of movables", of "digital content" and of "service contracts" related to the sale of goods. Certain combined contracts are excluded, eg. those taking a credit element, Art. 6 (2). This makes the use of the CESL unattractive or even impossible if the trader offers means of deferred payment or a leasing contract.
- The use of the CESL in B2C transactions depends on rather complex and separate information and notification requirements as set out in Art. 8/9 and paralleled by a sort of warning of the consumer, the terms of which are defined in Annex II. In order to avoid cherry-picking, the parties can only choose CESL in its entirety as a complete package, Art. 8 (3). Such strict rules rather discourage than encourage consumers to agree to the use of the CESL. Traders will not find them attractive because they are precluded from using standard terms for the opt-in. The contracting will be split up in two parts: agreement about the use of the CESL, agreement on the contract terms within the framework of CESL.⁷⁷ Nothing is said how the opting-in in B2SMU transactions will be done: will Art. 3 of Reg. 593/2008 be applicable here?⁷⁸
- The relation of CESL to the EU *acquis* and to mandatory national law under Art. 6 (2) of Reg. 593/2008 is by no means clear. The Commission simply writes: "Since the CESL contains a complete set of fully harmonised mandatory consumer protection rules, there will be no disparities between the law of the Member States in this area, where the parties have chosen to use the CESL. Consequently, Art. 6 (2) which is predicated on the existence of differing levels of consumer protection in the Member States, has no practical importance for the issues covered by the CESL". Art. 6 (2) is however concerned with differing Member States rules, not with EU provisions. There is already a debate in legal literature how this precedence of the CESL over national law under the conditions of Art. 6 (2) can be assured – otherwise the choice of CESL by the trader would not have any advantage to him because he could,

⁷⁷ Micklitz/Reich, *supra* note 75 at pp. 18.

⁷⁸ Heated controversies have already been provoked by the unclear status of CESL to Reg. 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), [2008] OJ L 176/6 not to be documented here. Flessner, *Der Status des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, ZEuP 2012, 726 rightly points out that once CESL has been chosen by the parties according to Art. 3 it will take priority over conflicting Member state law according to Art. 288 (2) TFEU, including the rules of "better protection" under Art. 6 (2) Reg. 593/2008 concerning "better national consumer law".

even by choosing it in its B2C transactions, not be sure of being confronted with divergent national consumer law resulting from minimum harmonisation which is still possible under Dir. 2011/83 for unfair terms and consumer sales.

- The different parts of CESL contain rather detailed rules on B2SMU and B2C contracting within the above mentioned scope of application. A closer analysis reveals that the provisions relating to B2SMU are mostly default rules, but on the contrary consumer protection rules are meant to be mandatory even in general contract law matters like the remedies for mistake (Art. 56 (2)), contra preferentem-interpretation (Art. 64), terms derived from pre-contractual statements (Art. 69), contracts of indeterminate duration (Art. 77 (2)), unfair terms (Art. 82-85), interest for delay in payment (Art. 167), restitution (Art. 177). Without saying so, CESL contains two completely different sets of rules, namely mostly default rules in B2SMU transactions with some "micro protection" of SMU's against "grossly unfair terms" (Art. 86), while in B2C contracting mandatory provisions are the standard. This hybrid structure is important for a closer analysis of CESL not so much under competence, but rather under proportionality criteria of Art 5 (4) TEU to which I will turn now.

3. CESL as a hybrid contract law – the challenges of proportionality as an EU constitutional principle under Art 5 (4) TEU

The present debate on CESL concentrates on four main controversies:⁷⁹

- The competence basis in EU law: Art. 118 or 352 TFEU;
- the methods and technicalities of the "opt-in" and the effects on national law;
- a detailed analysis of the many rules proposed under coherence and legal certainty aspects, sometimes with express reference to existing national law, including proposals for improvement;

⁷⁹ The – mostly critical – literature has become impossible to follow. Just some examples: Special issue of Vol. 8 *ERCL* 2012, Vol. 4 of *ZEuP* 2012; Vol. 212 *AcP* 2012; Eidenmüller et al., *Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, *Juristenzeitung* (JZ) 2012, 269; separate publication by Wendehorst/Zöchling-Jud (eds.), *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, Manz 2012. The European Law Institute (ELI) has published an amended and improved version of CESL: *Statement of ELI on the proposal of the Regulation for a CESL*, 2012.

- the relation between mandatory and default provisions, mostly in B2C transactions, including whether the specific level of protection is "high" enough (or not) under Art. 12/169 TFEU, Art. 38 EU Charter of Fundamental Rights.

Quite frankly: this debate is only of a very limited interest to me (and probably not to David Trubek himself!) because it does not answer the preceding and more important question: do stakeholders (business, "SMUs", consumers, other participants in cross-border trade), Member states and the EU itself really "need" such an instrument.⁸⁰ The "necessity test" is not identical with the competence basis but must be met by *all measures* under Art. 114 or 352 TFEU – otherwise it would not have found its separate regulation in Art. 5 (4) TEU.

In the following I will argue that there is *no need for an OI*, whether B2SMU or B2C from an EU constitutional, not only a political argument. Other adequate mechanisms for contracting in the internal market which fulfil the above mentioned double criteria - avoiding unwarranted trade restrictions *and* guaranteeing a sufficiently high level of protection - already exist or can be envisaged within the existing EU *acquis* which simply make superfluous the OI, even if in the legislative process it will be made "more consumer or user friendly", even if some of the technical defects can be overcome, and even if the "market for legal regulations" the Commission is hoping for will accept and make frequent use of it. When discussing the "necessity"-test, some realism about contracting seems to be useful: in most cases, the active partner will propose the contract regime. In B2C transactions, this will always be the business part; the consumer is put on a take-it-or-leave basis; the idea that he can use a "blue button" in his favour seems somewhat far-fetched. In the area of B2SMU-contracting, usually the stronger part will impose the contract terms, not the SMU, unless it is in particularly favourable position.⁸¹

The insistence on the "necessity" test seems difficult at first glance because the CJEU so far only in one case⁸² has indirectly monitored the legality of an EU

⁸⁰ For a critique Grundmann, *supra* note 31; Twig-Flesner, *Debate on a European Code of Contracts*, *Contratto e Impresa/ Europa I-2012*, 157.

⁸¹ Twig-Flesner at 163.

⁸² Case C-376/98 *Germany v EP and Council* [2000] ECR I-8419 at paras 99-100 indirectly refers to the necessity test which however was not relevant for annulment of the tobacco-advertising Directive; AG Fenelly was much more elaborate in his opinion of 15.6.2000 at para 149.

measure – the infamous and later annulled tobacco-advertising directive 98/43/EC⁸³ – also on the basis of not meeting the proportionality test. The standard formula used by the CJEU in a consistent line of cases is as follows: It has recognised that "the Community legislature must be allowed a broad discretion in areas which involve political, economic and social choices on its part, and in which it is called upon to undertake complex assessments", even though it was bound by the proportionality principle according to the then Art. 5 (2) EC (now Art. 5 (4) TFEU).⁸⁴ "Consequently, the legality of a measure adopted in that respect can be affected only if the measure is manifestly inappropriate having regard to the objective which the competent institution is seeking to pursue."⁸⁵ But the scope of this case-law should not be overextended: it has never been tested with regard to contract law matters legislated by EU institutions, never has such a complex instrument as the 186 articles of the CESL been put before the CJEU, and never has such a broad mixture of default and mandatory rules been submitted to its scrutiny.

According to Harbo,⁸⁶ the Court so far has used a very "moderate" approach in controlling Community and in the future Union law measures under the proportionality test, while it uses much more restrictive language with regard to Member State measures allegedly restricting fundamental freedoms – an approach which I have criticized if compared to the strict proportionality control of Member State measures restricting the fundamental freedoms.⁸⁷

⁸³ [1998] OJ L 212, 9.

⁸⁴ Case C-491/01 *The Queen v Secretary of State for Health ex parte: British American Tobacco (Investments) Ltd. et al.* [2002] ECR I-11453; C-380/03 *Germany v EP and Council*, [2005] ECR I-11573 at para 145; C-344/04 *IATA and ELFAA v Department for Transport*, [2006] ECR I-403 at para 80, referring to earlier cases like C-84/94 *United Kingdom v Council* [1996] ECR I-5755, para 58; C-233/94 *Germany v Parliament and Council* [1997] ECR I-2405, paras 55 and 56; C-157/96 *National Farmers' Union and Others* [1998] ECR I-2211, para 61, recently confirmed in C-58/08 *Vodafone* [2010] ECR I- 4999 para 69 referring to the objective of directly protecting consumers.

⁸⁵ Case C-491/01 at para 123.

⁸⁶ T.-I. Harbo, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, *ELJ* 2010, at 166, 172, 177; for an explanation on applying proportionality in a „procedural fashion“ from the viewpoint of the Vicepresident of the CJEU see now K. Lenaerts, *The European Court of Justice and Process-Oriented Review*, *Yearbook of European Law (YEL)* 2012, 3 at p. 7.

⁸⁷ See N. Reich, *How proportionate is the proportionality principle*, in: Micklitz/de Witte (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, 2012, p. 110.

3.1. No necessity for B2SMU cross-border transactions

However, even under the "manifestly inappropriate" criteria, it could be argued against the Commission that it has not explained why the CESL should also cover general contract law matters like the conclusion, defects in consent and interpretation of a contract, which are not specific to sales (and related services) law, and certain areas of the general law of obligations like damages, restitution, and prescription. Almost all of them must be qualified as default rules in business to business transactions (B2B) which can be modified by party agreement; very few provisions of the CESL contain mandatory rules which could be invoked in particular (but not exclusively) by SMU's, for instance concerning good faith (Art. 2 (3) CESL), remedies for fraud (Art. 56 (1)), "grossly" unfair contract terms (Art. 81/86), damages (Art. 171), prescription (Art. 186). These very broad and general rules which differ among Member States have had no proven impact on cross-border transactions so far. The "impact assessment" of the Commission staff seems to be highly speculative on this point.

In any case, eventual internal market problems can be solved by the B2SMU parties' freedom of choice under Art. 3 of the Rome I-Regulation within the limits of mandatory provisions of paras 3 and 4 of Art. 3 which also apply to B2SMU transactions. With regard to provisions specific to cross-border commercial sales law, most of them are already covered by the Convention on the International Sale of Goods of 1980 (CISG - the Vienna Convention) which will be applicable either under an "opt-out" mechanism of Art. 1 (1) (a), or - for traders not established in the CISG Member States, namely in the UK, Ireland, Portugal, and Malta, by an "opt-in"-possibility under lit. (b). It is true that the EU is not party to the CISG, and that the CJEU has no explicit power of its interpretation, but may refer to and *thereby indirectly interpret* it if a link to EU law can be shown to exist.⁸⁸ Still the question remains: Why put a second level on cross-border contracting in related matters when the parties to a B2SMU transaction already have an instrument at their disposal under which considerable legal expertise and experience has already been accumulated, and which may therefore increase the degree of legal certainty which the Commission invokes for B2SMU transactions in the internal market? Why artificially separate international and EU cross-border trade,

⁸⁸ In case C-381/08 *Car Trim v Key Safety* [2010] ECR I-1255 para 36 concerning the interpretation of the concept of "place of performance" in Art. 5 (1) b) of the Brussels Regulation 44/2001 the Court referred to Art. 3 CISG.

which will make transactions more complex, instead of giving the parties more clarity about their rights and obligations as promised by the Commission? Therefore, it seems highly doubtful whether under the "necessity"-test the EU has jurisdiction to regulate cross-border B2SMU sales (and related service) transactions at all by adopting the CESL instrument in its present or even in an improved form.⁸⁹

This critical analysis cannot be refuted by arguing that CESL is "only" optional in B2SMU transactions. Optional instruments have to pass the "necessity" test as any other EU legislative act. The "option" is only concerned with its specific application in a contract between B2SMU partners, not with competence of the EU at all to take and propose such a measure to the parties.

3.2. Is there a real "necessity" of CESL in B2C transactions?

In B2C transactions matters are more complex because of the mostly mandatory nature of provisions protecting the consumer under EU and national law reiterated in many judgments of the CJEU.⁹⁰ In cross-border transactions this problem is referred to in Art. 6 of the Rome I-Regulation 593/2008, which has been discussed above. The still existing differences between Member State consumer protection laws despite harmonisation at the EU level may warrant the adoption of a more coherent and uniform EU regulation focusing on establishing uniform standards of cross-border B2C transactions.⁹¹ However, the proposed provisions of the CESL must be "necessary" with regard to "content and form". In my opinion, this necessity test is also not fulfilled with regard to those provisions which try to regulate problems specific to B2C transactions and which have already been the object of EU legislation, lately the CRD 2011/83/EU which has fully harmonised the provisions on "off premises" and distance contracts figuring in Art.17-19, 24-

⁸⁹ I follow here the argument used in Micklitz/Reich, supra note 75 part I paras 14-16 at pp. 9; a similar argument has been voiced by Stadler, *Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des CESL*, *AcP* 2012, 473 at pp. 489; for a discussion of the (rather marginal) divergences of the CISG and the CESL in commercial cross-border sales transactions see the detailed analysis of Magnus, in: U. Magnus (ed.), *CISG vs. Regional Sales Law Unification*, Sellier 2012, pp. 97, arguing that "there appears to be no virtual necessity to enact an instrument alongside the CISG", p. 121.

⁹⁰ The case law has been well analysed in the opinion of AG Trstenjak of 29.11.2009 in case C-453/10 *Jana Perenicova et al v. S.O.S. finac*, [2012] ECR I-(15.3.2012) paras 42-45; see the comment by Micklitz/Reich, *EuZW* 2012, 126.

⁹¹ This is the main argument by Twigg-Flesner supra note 50.

27, 40-47 CESL. Is it really "necessary" to have *two layers of consumer protection* in EU law, one mandatory for both internal and cross-border transactions, another one with "optional mandatory provisions" for cross-border contracting only which however may not always have been coordinated and updated with the existing protective regime of the *acquis*?

In those areas where CESL contains better or different rules, for instance with regard to the professional seller's liability for non-conforming digital content which was not included in the CRD but only in Art. 100-105 of CESL, the protection of the consumer/user of digital content should not depend on whether he or she has opted in or not into the CESL. Another example concerns the differences in remedies in case of a non-conforming good in the CESL and in the CRD: while the CRD limits the first stage remedies of the consumer to replacement or repair without allowing him or her a right to immediate rejection (which however can be introduced by Member State law under the minimum harmonisation principle), such a right is foreseen in the CESL because the seller does not have a "right to cure" (Art. 114 (2)), provided that the non-conformity is not insignificant which has to be proven by the seller. If the trader proposes to the consumer to opt-in CESL and the consumer agrees, the trader would implicitly waive his "right to cure" and allow the consumer like in UK law an immediate right of rejection of a non-conforming good.⁹² Not surprisingly, this increase in consumer protection has been met with strong opposition in business circles and in academia.⁹³ On the other hand, isn't the possibility of immediate rejection the only realistic remedy in cross-border contracting, while repair or replacement may be more costly to the trader?⁹⁴ Finally, why should this remedy depend on the opt-in to a complex instrument like CESL whose impact on the protective level the "normal consumer" will usually not be able to assess? Couldn't the trader offer a right of immediate rejection on his own by a voluntary marketing

⁹² Micklitz/Reich supra note 75 parat III, para 16 at p. 79.

⁹³ Critique by Grundmann, supra note 31; Wagner, *Ökonomische Analyse des CESL*, *ZEuP* 2012, 794 at pp. 820 (critique from an economic efficiency point of view), disregarding however English law which is familiar with the consumer's right to rejection without a right to cure of the seller; there is no evidence of opportunistic behavior, see Howells/Weatherill, *Consumer Protection Law*, 2005, para 3.6.2; Anderson, UK Sales: Loss of the Right to Reject Goods, Judgment of the Scottish Outer House of 5 Feb. 2010, *ZEuP* 2011, 655.

⁹⁴ F. Zoll, Das Konzept des Verbraucherschutzes in der Machbarkeitsstudie für das Optionale Instrument, *Journal of European Consumer and Market Law* (euivr) 2012, 9 at p. 21.

action, perhaps in a soft-law instrument negotiated between business and consumer associations? Does one "need" a legislative instrument for that?⁹⁵

On the other side of the picture, there are some provisions in CESL which seem to lower the extent of consumer protection granted under the CRD or the case law of the CJEU. The consumer protection objective of the remedies in Directive 99/44/EC was expressly confirmed by the CJEU in its *Quelle*-judgment;⁹⁶ the question of whether the costs for de-connecting and re-installing non-conforming goods have to be borne by the seller if this has not been expressly agreed in the contract reached the CJEU in the *Putz/Weber* case.⁹⁷ In its judgment of 16.6.2011, the CJEU, against the opinion of AG Mazak, clearly placed those costs on the seller, because he delivered a non-conforming good. The seller's responsibility towards the consumer, who installed in good faith the non-conforming goods himself, is not based on fault, but rather on the simple consequence of the non-fulfilment of the seller's contractual obligations which do not end with the passing of the risk (paras 46-47, referring to *Quelle*). The Court also refers to the consumer protection objective of Directive 99/44/EC and to the express statement in Art. 3 (3), that repair or replacement should be effected "free of charge" and without "any significant inconvenience to the consumer". The seller's strict liability is not excluded even if the costs of replacement are disproportionate, because the seller may not refuse the only remedy (replacement for impossibility of repair) which allows the goods to be brought into conformity with the contract (para 71). The costs may however be limited to a "proportionate amount" (para 76), to be determined by the national court by reference to the purchase price. Within the limits of the proportionality principle the choice of remedies usually depends on the consumer. It is not clear that this case law will be taken over by the CESL; at least the consumer cannot be sure that by being encouraged or "persuaded" to opting-in CESL - this will usually not depend on his choice but on the marketing strategy of the trader under which the consumer is put in a take-it- or-leave-it- situation -

⁹⁵ Proposal in the study by *Howells/Micklitz/Reich*, supra note 32; *Reich*, supra note 31 *ERCL* 2012, 29.

⁹⁶ C-404/06 *Quelle AG v Bundesverband der Verbraucherzentralen* [2008] ECR I-2685, confirmed by Art. 112 (2) CESL.

⁹⁷ Joined cases C-65/09 *Weber* and C-87/09 *Putz* [2011] ECR I-(16.6.2011) against the opinion of AG Mazak of 18.5.2010; case note *Luzak*, euvr 2012, 35. For the German follow up-case see the judgment of 21.12.2012 of the Bundesgerichtshof (BGH) *NJW* 2012, 1073.

he or she will have the same extent of protection as under the *acquis*. Even more problematic, Art. 112 (1) CESL seems to restrict the consequences of the *Weber/Putz* judgment insofar that the seller only has to take back the replaced items at his expense but does not say that the seller also must cover the costs for re-installing a non-conforming good.⁹⁸

One could therefore argue that the obligation of the EU in its internal market measures to guarantee a high level of consumer protection according to Art. 114 (3) and 169 TFEU cannot be waived by the consumer through an opt-in of the CESL if it contains a lower level of protection than possible under the CRD. The opt-in mechanism of the CESL would create different levels of consumer protection in the EU against the principle of non-discrimination in Art. 12 TFEU and 21 Charter of Fundamental Rights of the EU without being justified by imperative requirements of the internal market. Against recital 58 of the recently adopted CRD, the consumer could be "deprived of the protection granted by this Directive" under the opt-in mechanism of CESL. Even if the choice of the parties to a B2C contract would make reference also to the "default" provisions of CESL and to those mandatory provisions in general contract law which are contained in it, there is still no *necessity* of an OI because under conflict-rules the business party has freedom of choice under Art. 3 of Reg. 593/2008, and Art. 6 (2) with its flexible principle of equivalence can function as a long stop to protect the consumer without placing unnecessary burdens on the trader.⁹⁹ The trader can always avoid "being caught" by the consumer protection provisions of the consumers home country by voluntarily agreeing to a high(er) level of protection. There is no "regulatory gap" and hence "no need" which must be closed by allowing the parties to opting into the CESL under EU jurisdiction.

To sum up: It seems arguable that even if the CESL can be based on the existing EU competence provisions, in particular Art. 114 TFEU, its two core elements - to regulate cross-border B2SMU and B2C transactions in the internal market - *do not comply with the necessity test* under the proportionality criteria of Art. 5 (4) TFEU:

- In B2SMU, there is *no need* because of the prevalence of party autonomy and the possibility of choosing the CISG, also available to SMU.

⁹⁸ See the comment by Luzak at p. 40.

⁹⁹ Reich, *supra* note 31 at p. 21.

- In B2C, there is *no need* for an opt-in instrument because this could create an incentive for traders remove mandatory protective provisions under primary and secondary EU provisions; still existing differences in the level of (non-harmonised) Member State consumer protection measures do not seem to present an appreciable impediment to cross border marketing and can be levelled out by an internal market conforming application of conflict provisions of the Rom-I Reg. 593/2008.

IV. OPEN METHOD OF COORDINATION AND CONVERGENCE IN A REFLEXIVE CONTRACT GOVERNANCE IN THE EU

The critique of the legislative approach of the CESL as an OI is not meant as a complete rejection of its usefulness. It is here that Dave Trubek's "flirt" with OMC methods of coordination can be useful.¹⁰⁰ This refers to a broader discussion on "contract governance" in general. In an overview paper based on comparative research in relation to the "corporate governance" paradigm, Mösslein/Riesenhuber¹⁰¹ distinguish four areas of research and practical relevance of contract governance

- 1) "Governance of contract law" (institutional framework of contract law-rule making)
- 2) "Governance of contracts" (contract law as an institutional framework for private transactions)
- 3) "Governance by means of contracts law" (design of contract law as an instrument of steering behaviour and for achieving regulatory results - regulatory function of contract law)
- 4) "Governance through contract" (contracts as an institutional framework and mechanism of self-guidance by private parties).

In the context of our discussion on the relevance of the insights of David Trubek to EU contract governance, parts 1 and 3 are of particular relevance. The CESL is based on prior comparative law work done by academics, in particular the DCFR. This can be used without formal legislation not only as a "toolbox", but also as a "soft-law" mechanism to develop timely and legitimate solutions to ongoing contract law problems in the EU. It is not a source of law, but certainly a *source of inspiration*. In this spirit, the DCFR has

¹⁰⁰ I refer again to my *WiscJIL* paper, supra note 23 at pp. 468-470.

¹⁰¹ Supra note 13, p. 260.

already been used by several Advocate Generals in reference cases to the CJEU concerning private law matters as a source of inspiration and solution which carries with it an EU relevance. Particularly interesting have been opinions of AG Trestenjak in cases *Martin*¹⁰², *Friz*¹⁰³, *VB Penzügi Leasing*¹⁰⁴, and *Messner*¹⁰⁵ where she expressly cited several provisions of the DCFR concerning the concepts of fairness, abuse and remedies in B2C transactions. In a similar spirit, AG Poiares Maduro referred to the predecessor of the DCFR, the so-called *Acquis principles*¹⁰⁶ in his opinion in *Hamilton*¹⁰⁷. In its judgments in the cases *Hamilton*¹⁰⁸, *Messner*¹⁰⁹ and *Friz*¹¹⁰ the CJEU indirectly followed suit, not by referring expressly to the DCFR, but to "the (general) principles of civil law", like good faith, unjust enrichment, satisfactory balancing and a fair division of risks among the various interested parties. In her last opinion in *Banco Espanol de Credito*,¹¹¹ AG Trstenjak mentioned that the recent EU activities concerning CESL would "have an important influence on the further development in the field of consumer protection law". Whether this is true or not will not be discussed here any further. Even though no political commitment of the Commission has been behind this rather "incremental development" of general principles of civil law in the EU without having a formal legislative basis,¹¹² it comes close to what the former AG van Gerven called the "open method of convergence".¹¹³

¹⁰² Case C-227/08, [2009] ECR I-11939, opinion of 7.5.2009, para 51.

¹⁰³ Case C-215/08, [2010] ECR I-2947, opinion of 8.9.2009, para 69 at Fn. 62.

¹⁰⁴ Case C-137/08, [2010] ECR I-10847, opinion of 6.10.2010, para 96 at fn. 54.

¹⁰⁵ Case C-489/07, [2009] ECR I-7315, opinion of 18.2.2009 at para 85.

¹⁰⁶ *Acquis group, Principles of Existing EC Private Law I*, Sellier Munich 2007.

¹⁰⁷ Case C-412/06, [2008] ECR I-2383, opinion of 21.11.2007, at para 24.

¹⁰⁸ At para 24.

¹⁰⁹ At para 26.

¹¹⁰ At paras 48-49.

¹¹¹ Case C-618/10, opinion of 14.2.2012, para 4, fn 10.

¹¹² For an comprehensive analysis of this development see M. Hesselink, The general principles of civil law: their nature, role and legitimacy, in: Wetherill et al. (eds.), *The Impact of EU Law on Private Law*, OUP 2012, to be published; St. Weatherill, The 'principles of civil law' as a basis for interpreting the legislative *acquis*, *ERCL* 2010, 74; J. Basedow, The Court of Justice and private law: vacillations, general principles, and the architecture of the European judiciary, *ERPL* 2010, 443; M. Safjan/P. Miklaszewicz, Horizontal effect of

The regulatory function of contract law has been broadly – some say: too broadly¹¹⁴ – elaborated in CESL by its many mandatory provisions with regard to B2C contracting, against very few with regard to B2SMU transactions. However, this function is entirely dependent on an option by the stronger party, which will normally be the business part, not the consumer nor the SMU. The "mandatory" regulation of the stronger party to a contract depends on its "self-subjection" to regulation – a somewhat paradoxical finding. This however does not make CESL superfluous. It can be used as an instrument for better law making or law application by the EU and Member States, especially their courts of law.¹¹⁵ It could serve as a source of inspiration for the business and consumer community to negotiate "better contracting" practices. This approach could be the true value of the DCFR and of instruments which followed, including the CESL as sort of guideline for "fair contracting", to be followed up by Commission reports on its practical impact, on *lacunae*, on needs of improvement of rules on digital content (Art. 100-105 CESL) and updating "black" and "grey" lists of unfair clauses (Art. 83-87 CESL).

In linking parts 1 and 3 of the contract governance paradigm, the Commission could issue a *recommendation* as envisaged in option 3 of its Green Paper of 1.7.2010 and could regularly report on how it is accepted or not on the "market for contracting", similar to the proposals of David Trubek concerning the OMC as an alternative to "hard law" under the Community/Union method of regulation in fields where the EU has no genuine competence for action. To remember: even the CJEU seems to accept

the general principles of EU law in the sphere of private law, *ERPL* 2010, 475; A. Hartkamp, *European Law and National Private Law*, 2012, pp. 109.

¹¹³ V.Gerven, Needed: A Method of Convergence for Private Law, in: A. Furrer et al (Hrsg.), *Beiträge zum Europäischen Privatrecht*, Stämpfli Bern, 2006, at 437, 456-460; same, Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level, in: Cafaggi (ed.), *The Institutional Framework of European Private Law*, OUP 2006, 37, 74-77, same, *supra* note 5 at 344.

¹¹⁴ See Grundmann, *supra* note 31.

¹¹⁵ See the discussion by Hesselink, A Toolbox for European Judges, in: A. Neergaard et al. (eds.), *European Legal Method*, DJOF Publ. 2011, pp.185, distinguishing European, traditional and political methods; critique because of its immature legal character by Eidenmüller et al., *supra* note 79, *JZ* 2012, 259 at 288.

the indirect legal value of Commission recommendations in its *Alassini* case law.¹¹⁶

¹¹⁶ Supra note 56 at para 40.

Nevenko MISITA*

UDK: 339.923:061.1EU

str. 37 - 71.

LISABONSKI UGOVOR - SADRŽAJ I REVIZIJA USTAVNOG OKVIRA*

Apstrakt

Cilj priloga je prikaz ključnih elemenata sadržaja Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o funkcionisanju Evropske unije nakon izmjena izvršenih Lisabonskim ugovorom iz 2009. Izlaganju ove materije prethodi kratak komentar neuspjelog pokušaja usvajanja tzv. Evropskog Ustava s početka ovog vijeka, a zatim i osort na političku pozadinu utvrđivanja i usvajanja Lisabonskog ugovora – "Mandat" i ratifikacioni proces. Nakon prikaza strukture i sadržine noveliranih Ugovora o EU i Ugovora o funkcionisanju EU, dat je nešto detaljniji prikaz pojedinih elemenata ustavnog okvira Evropske unije, kao što su njeni ciljevi, njen pravni subjektivitet, njene utemeljujuće vrijednosti, osnovna prava, solidarnost i demokratska dimenzija Unije.

Uvod

U nizu izmjena Osnivačkih ugovora, onog o Evropskoj uniji i onog o Evropskoj zajednici, izvršenih Lisabonskim ugovorom,¹ ovom prilikom će biti ponuđen prigodan osvrt samo na nekoliko pitanja.

* Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.

* Osnovu priloga čine odgovarajući dijelovi knjige N. Misita, *Evropska unija: osnivanje i razvoj*, Revicon, Sarajevo, 2010 (ubuduće: Misita, 2010).

¹ Tim povodom, uz ostale, S. Peers, *Statewatch Observatory on the EU Constitution-Reform-Lisbon Treaty*, dostupno na adresi: <http://www.statewatch.org>; I. Pernice, *Salvaging the Constitution for Europe - A Reform Treaty for the EU*, *WHI - Paper 4/07*; P. Craig, *The Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance*, (2008) *EL Rev.*, str. 137-166; G. De Búrca, *The*

To ne znači da su manje značajne ostale promjene, na primjer one u vezi sa pitanjem nadležnosti Unije ili sa postupkom usvajanja pravnih akata. Jednostavno, pitanje sadržine Lisabonskog ugovora, posebno iz ugla izmjena, uslovno rečeno, opšteg karaktera, zavređuje dodatnu pažnju.

I. NEUSVOJENI USTAV

Sredinom 2007. godine, kao nepremostiva prepreka u procesu ratifikacije Ugovora o Ustavu Evrope (*Treaty establishing a Constitution for Europe*), kao svojevrsnog raščičavanja "ustavnog haosa"² stvorenog Matrihtskim ugovorom s početka 90tih prošlog vijeka, stajao je ishod referenduma u dvije države - u Francuskoj, u maju 2005, većina građana je bila protiv Ustava,³ a u Holandiji, u junu iste godine, protiv Ustava se također izjasnila većina učesnika nacionalnog referenduma.⁴

EU on the Road from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty, *Jean Monnet Working Paper* 03/08; Terhechte, Jörg, Philipp, von, Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?, (2008) *EuR*, str. 144-189; J. Nergelius, Lissabonfördraget – den slutgiltiga fördragsändringen eller början på en ny serie ändringar?, (2008) *Europarättslig Tidskrift*, str. 63-71; G. Barrett, Creation's Final Laws: The Impact of the Treaty of Lisbon on the "Final Provisions" of Earlier Treaties, (2008) *YEL*, str. 3-46; R. Schütze, Lisbon and the federal order of competences: A prospective analysis, (2008) *EL Rev.*, str. 709-722; I. Pernice, The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights, *WHI-Papers* 07/08; I. Pernice, The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action, *WHI-Papers* 07/09. Vidi i S. Rodin, T. Čapeta, I. Goldner Lang, (2010) (eds.), *Reforma Evropske unije Lisabonski ugovor*, Narodne novine, Zagreb, 2010 (ubuduće: Rodin i dr., 2010); Misita, 2010, posebno str. 189 ff; R. Vukadinović, D., *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, ZEP, Centar za pravo EU, Kragujevac, 2012 (ubuduće: Vukadinović, 2012), posebno str. 34 ff.

² D. Curtin, The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces, (1993) *CML Rev.*, str. 17-69.

³ Kao razlozi otpora predloženom Ustavu u Francuskoj najčešće se navode sljedeći razlozi: negativne posljedice po stepen zaposlenosti zbog premještanja firmi u druge države članice, nepovoljna ekonomska situacija, neka isuviše liberalna rješenja u Ustavu, stav da je protivljenje Ustavu istovremeno i protivljenje Predsjedniku i Vladi Francuske, nedostatak socijalne komponente u Ustavu, protivljenje priključenju Turske, dodatno reduciranje nacionalnog suvereniteta i, konačno, protivljenje evropskoj integraciji. Vidi R. Podolnjak, Od Laekena do Lisabona – uspon i pad Ustavnog ugovora, u S. Rodin, i dr., *Reforma Evropske unije Lisabonski ugovor*, Narodne novine, Zagreb, 2009, str. 27-65. (ubuduće: Podolnjak, 2009), str. 54-5.

⁴ Kao razlozi otpora Holandana predloženom Ustavu najčešće se navode: nedovoljna informisanost, dodatni gubitak nacionalne suverenosti, dodatni finansijski troškovi i, konačno, protivljenje integraciji Evrope. Vidi Podolnjak, 2009, str. 54-5.

U tim okolnostima predloženi Ustav je proglašen "mrtvim",⁵ a proces njegove *sadržinske* "reanimacije", na inicijativu Francuske i Njemačke, krenuće tek nakon dvije godine.

1. Otvorena pitanja

Da dosta toga nije riješeno u Nici, tačnije izmjenama koje su stigle sa Ugovorom iz Nice, potvrđuje i posebna deklaracija uz završni akt o budućnosti Unije (Deklaracija br. 23). Deklaracija generalno konstatuje da je Unija "spremna" za prijem novih država članica - tačka 2, ali i poziva na "dublju i obuhvatniju" raspravu o budućnosti Unije - tačka 3.

Oslonjena na odgovarajuće stavove Evropskog savjeta (Geteborg; Laken), ova rasprava je trebalo da se usredsredi na sljedeća pitanja:

- razgraničenje nadležnosti Unije i država članica, u skladu sa principom supsidijarnosti (ko, šta, kako - Kompetenzabgrenzung);⁶
- status Povelje o osnovnim pravima (tek "svečano proglašena");
- sadržinsko-tehničko pojednostavljenje Osnivačkih ugovora (uspostavljanje jedinstvenog, razumljivijeg ... "ustavnog teksta"); i
- uloga nacionalnih parlamenata u ustavnom okviru Unije.

Iako je riječ o složenim pitanjima, iza kojih dobrim dijelom stoji ideja "Ustava Evrope",⁷ Deklaracija o budućnosti EU ističe uvjerenje da će rasprava o njima biti okončana u naredne dvije do tri godine, konkretnije do naredne međuvladine konferencije koja bi sa radom trebalo da počne tokom 2004. godine - tačka 7. A što se tiče država kandidata, zamišljeno je da na konferenciji i za njih bude mjesta, bilo u ulozi učesnika - za one sa kojima u

⁵ Kao prvi koji je, u jesen 2005, izjavio da je "Ustav mrtav" se navodi primjer Francuske Lionel Žospen (*Lionel Jospin*), prema Podolnjak, 2009, str. 57.

⁶ Uz ostale, vidi Wauters, Jan, Institutional and constitutional challenges for the European Union - some reflections in the light of the Treaty of Nice, (2001) *EL Rev.*, str. 342-356. (ubuduće: Wauters, 2001), str. 354, koji, upozoravajući na problem precizne demarkacije i dinamičkog karaktera integracionog procesa, ovim povodom ukazuje na potencijal odredbe čl. 10, EZ.

⁷ U tom smislu i zaključci Evropskog savjeta održanog u Lakenu (Leaken). Uz ostale, ovim povodom vidi MacCormick, Neil, 2008, *The Convention and its Constitution: All a Great Mistake?*, u H. Petersen, i dr. (eds.), *Paradoxes of European Legal Integration*, Burlington, Ashgate, str. 17-27. (ubuduće: MacCormick, 2008); Podolnjak, 2009.

tom trenutku budu okončani pregovori o pristupanju EU, bilo u ulozi posmatrača – za ostale.

2. Konvencija

U međuvremenu, okvir naredne reforme, a to znači i sadržaj upravo pomenute međuvladine konferencije, bi trebalo da odredi jedna druga konferencija ili "Konvencija", odnosno "Konvent". O sastavu ovog tijela odlučeno je na Evropskom savjetu održanom u Lakenu,⁸ a njegov zadatak je bio da generalno odredi "ustavnu budućnost Evrope".

U skladu sa datim joj zadacima, Konvencija je okončala svoj posao sačinivši nacrt (prijedloga) Ugovora o Evropskom ustavu, i dostavila ga Evropskom savjetu u julu 2003. Tekst je bio osnova za dalje, dijelom složene i mukotrpne pregovore, iz kojih je proizašao tekst Ugovora o Ustavu Evrope, odnosno Ugovora o uspostavljanju Ustava za Evropu (*Treaty establishing a Constitution for Europe*), kojeg su ovlašteni predstavnici država članica potpisali u Rimu krajem oktobra 2004.⁹ Ili, kako se često navodi, uključujući i stručni diskurs, u pitanju je prijedlog "Evropskog ustava".¹⁰

3. Očekivanja i rezultat

Politička i pravna debata o Ustavu Evrope, tačnije o Ugovoru o Evropskom ustavu, ukazala je gotovo na sve relevantne činjenice u vezi sa ovim "integracionim projektom", uključujući i razloge za njegovo neusvajanje. Imajući to u vidu, ovdje je dovoljno pomenuti sljedeće.

⁸ Konvenciju čine: šefovi država i vlada članica i država kandidata (15, odnosno 13), nacionalnih parlamenata država članica i država kandidata (30, odnosno 26), Evropskog parlamenta (16), Evropske Komisije (2). Uz njih, kao posmatrači u radu učestvuju predstavnici: Ekonomsko-socijalnog komiteta (3), Komiteta regija (6) i komunitarni Ombudsman. Radom Konvencije rukovodi predsjedništvo kojeg čine: predsjedavajući (Valéry Giscard d'Estaing), dva podpredsjednika (Giuliano Amato i Jean-Luc Dehaene), po dva predstavnika EP, Komisije, nacionalnih parlamenata i predstavnici država tokom čijeg predsjedavanja će se održati naredna međuvladina konferencija (Španija, Danska, Grčka). Konvencija ima i poseban sekretarijat. Inauguraciono zasjedanje Konvencije je održano 28.2.2002.

⁹ OJ C 310/04.

¹⁰ Na izrazu "ugovor", tačnije "Ustavni ugovor", najčešće se insistira u V. Britaniji - *Constitutional Treaty*, i u Njemačkoj - *Verfassungsvertrag*. Sa druge strane, u Francuskoj se najčešće govori o "Evropskom ustavu" - *European Constitution*. Ovim povodom Podolnjak, 2009. str. 28. Vidi i MacCormic, 2008.

U suštini, kao što su početkom 50tih propali - za to vrijeme očito preuranjeni - projekti uspostavljanja Evropske odbrambene zajednice (1952.) i Evropske političke zajednice (1953.), tako je i početkom ovog vijeka propao pokušaj usvajanja Ustava, kao temeljnog, odnosno najvišeg pravnog akta Evropske unije.

Drugo, Lisabonski ugovor, iako nastao na njegovim "ruševinama", *sadržinski* preuzima većinu rješenja iz neusvojenog Ustava. Vrijedi to, na primjer, kako za ključna institucionalna rješenja i tzv. zakonodavni postupak,¹¹ za pravni subjektivitet Unije,¹² za pravni status Povelje o osnovnim pravima EU,¹³ tako i za tzv. premošćavajuće odredbe¹⁴ i prijem i napuštanje Unije. Doduše, neusvojeni Ustav je na više mjesta koristio pridjev "evropski" - na primjer evropski zakon ili "evropski okvirni zakon", ali mimo izostavljanja tog pridjeva, kao i "kompromitujućeg" izraza Ustav, odnosno njegovih izvedenica, suštinski se i tim povodom malo toga mijenjalo Lisabonskim ugovorom. Ili, neusvojeni Ustav je pominjao "ministra" vanjskih poslova, a Lisabonski ugovor izostavlja taj izraz, ali suštinski ne revidira materijalno-pravne odredbe koje se odnose na tu funkciju.

U skladu s tim, "priča" o Lisabonskim doprinosima institucionalnom i pravnom ustrojstvu Evropske unije istovremeno je i "priča" o onome što je nudio neusvojeni Ustav Evrope. Naravno, ovim se ne tvrdi da usvajanje Evropskog ustava ne bi imalo dalekosežne posljedice za integracioni proces, uključujući i one tzv. simboličkog značaja,¹⁵ ali se konstatuje uvjerenje da je Lisabonski ugovor u suštini "preobučeni" ili "prepakovani" Evropski ustav. U krajnjoj liniji, na svoj način to potvrđuju i izostavljena rješenja koje je sadržavao neusvojeni Ustav. Jednostavno, države članice su po svaku cijenu željele sačuvati suštinu, a "ustavna retorika" im je na tom putu predstavljala tek suvišni teret.

¹¹ Većina država članica, tačnije podrška najmanje 55% država koje predstavljaju najmanje 65% stanovništva EU. U osnovi, rješenje preuzeto iz neusvojenog Ustava.

¹² Ustavom je Unija dobila "svoj" međunarodni i unutrašnji pravni subjektivitet.

¹³ Ustav je Povelju o osnovnim pravima EU inkorporisao u svoj tekst.

¹⁴ Ustav na više mjesta statuirao tzv. klauzulu premošćavanja ili *pasarela klauzulu*, imajući pri tome u vidu prelazak sa sistema jednoglasnosti na sistem odlučivanja tzv. kvalifikovanom većinom. Takođe, dosadašnji postupak sa odlučivanja postaje "redovni", a utoliko i vladajući, zakonodavni postupak - Lisabonski ugovor će o njemu i formalno govoriti kao o redovnom zakonodavnom postupku.

¹⁵ Na primjer, Ustav je izričito statuirao simbole Evropske unije (himna, zastava ...).

Ipak, prije prelaska na analizu sadržine i osnovnih rješenja Lisabonskog ugovora potrebno je osvrnuti se na pitanje tzv. ustavnog momenta.

4. "Ustavni momenat"?

Pitanje zašto je Evropski ustav propao ostaje predmet javne debate. I nakon usvajanja Lisabonskog ugovora to pitanje "progoni" kako evropski finansijsko-politički establišment, tako i evropsku pravnu doktrinu.

I, dok su se prvi odlučili da odgovore krajnje pragmatično, tako što će neusvojeni ustav "prepakovati" u lakše prihvatljiv "revizioni", alias "reformski", ugovor i u tome uspjeli (!), drugi su ukrstili brojne argumente u nastojanju da daju što potpuniji odgovor. Lepeza doktrinarnih stavova je zaista razučena.

Tako, u očiglednoj paraleli sa procesom usvajanja Ustava SAD, postavljeno je pitanje da li je u datom trenutku, a radi se o kraju prve decenije ovog vijeka, u Evropi zaista postojao tzv. *ustavni momenat*. Drugim riječima, da li su se bili stekli ekonomski, politički i socijalni uslovi za usvajanje evropskog akta ustavnog karaktera?

Dio onih koji, što izričito što prećutno, negativno odgovaraju na ovo pitanje, analizira mogućnost još jednog pokušaja – ovaj put posredstvom referendumu na nivou EU ili evropskog referendumu. Pri tome, za jedne pravi put jeste istovremeni referendum o Evropskom ustavu u svim državama članicama, a za druge istom cilju bi trebalo da vodi kombinacija nacionalne ratifikacije ugovora koji bi sadržavao odredbu o brzom organizovanju jedinstvenog referendumu u svim državama o usvajanju ustava.¹⁶

II LISABONSKI UGOVOR

1. Politička pozadina i usvajanje

1.1. "Mandat"

Nastojanja na formulisanju novog ugovora kulminiraju tokom šestomjesečnog predsjedavanja Njemačke, a rezultirala su kompromisom postignutom na zasjedanju Evropskog savjeta održanom u Briselu u junu

¹⁶ Tako, na primjer, MacCormic, 2008.

2007. godine.¹⁷ Dogovor je konkretizovan u vidu neuobičajeno preciznih zaključaka šefova država i vlada o načinu i sadržini onog što treba činiti u narednih nešto manje od dvije godine. Na to ukazuje i naziv pod kojim je dat ovaj dokument - "Mandat".

Učesnici međuvladine konferencije (MVK) su zadatak obavili na vrijeme, što je šefovima država i vlada omogućilo da na neformalnom sastanku održanom 18. i 19. oktobra 2007. usaglase stavove o preostalim otvorenim pitanjima, a potom i potpišu konačan tekst ugovora 13. decembra 2007, takođe u Lisabonu.

Potpise su stavili na - prigodno preimenovani - Lisabonski ugovor ili, preciznije: Lisabonski ugovor o dopunama Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o Evropskoj zajednici (*Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community*).¹⁸

1.2. Ratifikacija

Prva ratifikacija, baš kao i sam Lisabonski ugovor, je stigla "u rekordnom roku" - u parlamentu Mađarske Ugovor je ratifikovan već 17. decembra 2007! No, proces ratifikacije je zapeo nakon referenduma u Irskoj, održanog 12. juna 2008, na kojem se većina usprotivila ratifikaciji Lisabonskog sporazuma.

U principu, moguće je tvrditi: ako je nakon referenduma u Francuskoj i Holandiji, Evropski ustav "proglašen mrtvim", isto bi trebalo da vrijedi i u ovom slučaju. U zajednici ravnopravnih država, institucija referenduma ima istu vrijednost. Ipak, politička stvarnost je unekoliko drugačija, što znači da je nakon prvog, "neuspjelog", referenduma u Irskoj pokrenuta debata o sudbini Lisabonskog ugovora. Tim povodom treba pomenuti samo nekoliko stvari.

1.2.1. Irski "popravni" referendum

Ključne rezerve Irske koje stoje iza neusvajanja Lisabonskog ugovora na prvom referendumu bile su vezane za pitanja: poreza, vojne neutralnosti, socijalne politike i određena etička pitanja, uključujući položaj i prava radnika, te položaj porodice i pitanje prekida trudnoće.

¹⁷ Poticaj u ovom pravcu je stigao i u kontekstu obilježavanja 50 godina tzv. Rimskog ugovora, tačnije putem Berlinske deklaracije koju su šefovi država i vlada usvojili u martu 2007.

¹⁸ Vidi OJ C 306/1/07.

Pri tome, "postreferendumska" Irska je odbijala rješenje kojim se svojevremeno zadovoljila Danska uoči usvajanja Mاستrihtskog ugovora na drugom referendumu, a to je izjava ili deklaracija šefova država i vlada EU o tumačenju Ugovora. Umjesto toga, Irska je insistirala na pravno obavezujućim garancijama, koje je nakon dugog političko-diplomatskog manevrisanja i dobila.

Prema zaključcima Evropskog savjeta održanog u Briselu sredinom juna 2009, "Irske rezerve" treba da budu formulisane u vidu pravno obavezujućeg akta - protokola uz prvi od ugovora o pristupanju države članice. Ovim je, ističe se, izbjegnuta potreba da se u državama koje su to već učinile ponovno ratifikuje Lisabonski ugovor, ovaj put dopunjen "Irskim rezervama".

Politički establišment u ostalim državama članicama je očekivao da Irci "popravni" referendum održe u jesen 2009. i, naravno, da glasaju za ratifikaciju. Ova očekivanja, koja će se pokazati ispravnim, bila su prije svega utemeljena na dvije činjenice.

Prva se odnosi na finansijsko-ekonomsku krizu koja je bila u toku, kako u vrijeme prvog, tako i "popravnog" referenduma. Jednostavno, očekivalo se da građani Irske shvate u kojoj mjeri je njihovom ekonomskom i društvenom napretku doprinjelo članstvo u EU, tačnije finansijska sredstva koja su se po tom osnovu slila u Irsku.

Uz to, drugi referendum je trebalo da se održi u sjeni manje ili više otvorene prijete koja je stizala iz dijela vodećih država Evropske unije (Francuska i Njemačka) o mogućoj izolaciji Irske u slučaju "negativnog" rezultata referenduma. Ili, Ircima je stavljeno u izgled da mogu računati na učešće u daljem integracionom procesu kao dio tzv. država pratilaca, ali ne i kao dio tvrdog integracionog jezgra (ideja tzv. dvotračne ili dvovrzinske Evrope).

I, na ponovljenom referendumu "za" je glasalo impresivnih 67% Iraca!

1.2.2. Završnica ratifikacionog procesa

U međuvremenu Lisabonski ugovor je bio ratifikovan u velikoj većini država članica, s tim da su "zadnju kartu" u procesu ratifikacije neke od njih dugo držale u ruci - Njemačka, Poljska, Češka. Vremenom, međutim, i ove države su okončale postupak ratifikacije.

U Njemačkoj je tome prethodila odluka Ustavnog suda o saglasnosti Lisabonskog ugovora sa nacionalnim Ustavom (juni 2009), a slično se desilo i u Poljskoj.

Najduže je sa ratifikacijom "zatezala" Češka, tačnije tzv. euroskeptični dio njenog političkog establišmenta, predvođen predsjednikom države (Klaus). No, ispostaviće se da je Češka ovakav stav političkog vrha u postupku ratifikacije uspjela materijalizovati specifičnim ustupkom. Naime, nakon što je predsjednik Češke u više navrata jasno rekao da neće potpisati ratifikacioni instrument bez prethodnih ustupaka u odnosu na primjenu Povelje o osnovnim pravima EU, Evropski savjet je preuzeo obavezu da u protokolu koji statuiru izuzetak u odnosu na primjenu Povelje za V. Britaniju i Poljsku (Protokol br. 30), navede i Češku. I, slično kao i u slučaju Irske, ova intervencija je vezana za prvi ugovor o pristupanju Evropskoj uniji – a njega većina povezuje sa skorim, odnosno najavljenim prijemom Hrvatske.

Dakle, nakon brojnih "peripetija", Lisabonski ugovor je stupio na snagu – doduše ne početkom 2009, kao je bilo planirano, već krajem te godine - 1. decembra 2009.

2. Sadržaj

Sâm Lisabonski ugovor ima samo nekoliko članova, od kojih su ključna dva – u prvom su date izmjene i dopune Ugovora o EU, a u drugom izmjene i dopune Ugovora o EZ, uključujući i njegovo preimenovanje u Ugovor o funkcionisanju Unije (*Treaty on the functioning of the Union*).¹⁹ Preostalih nekoliko članova je dato pod uobičajenim naslovom: Završne odredbe – čl. 3-7, LU.

Lisabonski ugovor temeljito interveniše u tekst i strukturu Osnivačkih ugovora. To vrijedi kako za Ugovor o Evropskoj uniji, u kojem je intervenisano bukvalno u svakoj odredbi, tako i Ugovor o funkcionisanju EU – u postojeći tekst kojeg čini 318 članova, Lisabonski ugovor donosi gotovo 300 izmjena i dopuna!

Pri tome, međutim, Lisabonski ugovor preuzima većinu rješenja prisutnih u neusvojenom Ustavu – "više od 90%", rekli bi neki. Na koji način je to učinjeno? Ili, kako je (neusvojeni) "ustav" pretvoren u (usvojeni) "obični" revizionu ugovor?

¹⁹ Naziv Ugovor o funkcionisanju Unije je svojevrсна izvedenica iz naslova Trećeg dijela Ustava: Politike i funkcionisanje Unije.

1.1. Ugovor o Evropskoj uniji

1.1.1. Struktura

U skladu sa izmjenama i dopunama izvršenim Lisabonskim ugovorom, odredbe Ugovora o EU su date u okviru šest naslova. Uz, uvodne i završne odredbe, Naslov I, čl. 1-8,²⁰ te Naslov VI, u kojem su čl. 47-55,²¹ riječ je o sljedećim pitanjima koje uređuje revidirani Ugovor o EU.

- Principi demokratije – Naslov II, čl. 9-12, EU;
- Institucije – Naslov III, čl. 13– 19, EU;
- Pojačana saradnja – Naslov IV, čl. 20, EU;²²
- Vanjskopolitičko djelovanje Unije i zajednička inostrana i bezbjednosna politika – Naslov V, čl. 21-46, EU;²³
 - Poglavlje 1 – Opšte odredbe o vanjskom djelovanju Unije;
 - Poglavlje 2 – Posebne odredbe o zajedničkoj vanjskoj i bezbjednosnoj politici, kojeg čine
 - * Odjeljak 1– Opšte odredbe, čl. 23-41, EU;²⁴
 - * Odjeljak 2 – Odredbe o zajedničkoj bezbjednosnoj i odbrambenoj politici, čl. 42– 46, EU.²⁵

Kao što je pomenuto, postlisabonski tekst Ugovora o EU umjesto izraza Zajednica i Evropska zajednica koristi izraze Unija i Evropska unija.

1.1.2. Nova rješenja

Ostavljajući po strani pitanje "rušenja" stubne konstrukcije Evropske unije, za koju se ponekad ističe da je jasno nagoviještena odredbom njegovog prvog člana, reformisani Ugovor o EU sadrži sljedeće novine.

- Statuiran je jedinstveni/jedan (međunarodni i unutrašnji) pravni subjektivitet Evropske unije – čl. 1, u vezi sa čl. 47, EU;²⁶

²⁰ Uključujući ex čl. 1-2 i čl. 5-7, EU.

²¹ Uključujući ex čl. 48-49 i čl. 51-53, EU.

²² Ex čl. 27a-27e, čl. 40-40b i čl. 43-45, EU, te čl. 11 i 11a, EZ.

²³ Uključujući ex čl. 11-21, čl.24-25, čl. 27-28, EU.

²⁴ Uključujući ex čl. 11-16, 18-25, 28 i 40, EU.

²⁵ Uključujući ex čl. 17, EU.

²⁶ Donedavno je bio izričito statuiran subjektivitet Evropske zajednice, dok se pravni subjektivitet EU smatrao impliciranim.

- Pozivanje na utemeljujuće vrijednosti i njihovo redefinisanje - čl. 2, EU;²⁷
- Redefinisani su ciljevi Evropske unije - čl. 3, EU;
- Redefinisani su odnosi EU i država članica - čl. 4, EU;
- Preciznije je definisana nadležnost Evropske unije - čl. 5, EU;²⁸
- Statuiran je pravnoobavezujući karakter Povelje o osnovnim pravima Evropske unije - *novi* čl. 6(1), EU;
- Statuirana je obaveza pristupanja Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima - *novi* čl. 6(2), EU;
- Statuiran je institut/mehanizam posebnih odnosa EU sa susjedima - *novi* čl. 8, EU;
- Statuiran je princip demokratske utemeljenosti EU - čl. 9-11, EU;
- Izričito je regulisana uloga nacionalnih parlamenata u funkcionisanju EU - čl. 12, EU;
- Revidiran je maksimalan broj članova Evropskog parlamenta (750) - čl. 14(2), EU, kao i raspodjela mjesta na pojedine države članice;²⁹
- Evropski savjet je izričito naveden među institucijama EU, a njegov položaj u institucionalnoj strukturi je detaljnije razrađen - čl. 13 i čl.15, EU;
- Statuirana je funkcija Predsjednika Evropskog savjeta - čl. 15, EU;
- Data je nova formula odlučivanja kvalifikovanom većinom u Savjetu - čl. 16(4), EU;
- Izričito je statuirano da o nacrtima i prijedlozima zakonskih akata Savjet raspravlja i odlučuje na otvorenim, javnim, sjednicama - čl. 16(8), EU;
- Reduciran je broj članova Komisije - čl. 17(4) i (5), EU;
- Predviđeno je tzv. timsko predsjedavanje ili predsjedništvo Savjeta - čl. 16(9), EU;
- Izmijenjena su pravila o postupku nominovanja i postavljanja članova Komisije - čl. 17(7), EU;
- Kreirana je funkcija Visokog predstavnika Unije za vanjske poslove i bezbjednost - čl. 18, EU;

²⁷ Dakle, Evropska unija počiva na (redefinisanim) "vrijednostima", a ne "principima".

²⁸ Svojevremeno su ključna pravila bila data u Ugovoru o EZ - čl. 5.

²⁹ Prema čl. 2(2) Protokola o prelaznim odredbama, broj članova i raspodjela mjesta u EP kakve je zateklo stupanje na snagu Lisabonskog ugovora trebalo je da ostane do kraja mandatnog perioda EP izabranog sredinom 2004. No, kao što je poznato, Lisabonski ugovor je stupio na snagu tek krajem 2009, dakle nakon izbora za EP u sazivu 2009-2014.

- Postojeći III unijski stub (policija i pravosuđe u krivičnim predmetima) je prebačen u Ugovor o funkcionisanju EU – rekonstruisani Naslov V, Treći dio, EZ;
- U nadležnost Evropskog suda je dato i tumačenje Naslova I Ugovora o EU;³⁰
- Redefinisan je postupak izmjene Osnivačkih ugovora (redovni i specijalni) – čl. 48, EU;
- Redefinisan je postupak prijema novih država članica, odnosno ulaska u EU – čl. 49, EU;
- Izričito je regulisano pitanje napuštanja EU od strane države članice – čl. 50, EU;
- Statuirano je teritorijalno važenje Ugovora o EU – čl. 52, EU;³¹
- Izričito je statuirana mogućnost prevođenja Ugovora o EU i na jezike koji su u državi članici u službenoj upotrebi – čl. 55, EU.³²

2.2. Ugovor o funkcionisanju Evropske unije

Već je pominjano, gotovo sve odredbe Ugovora o Evropskoj zajednici koje su ušle u Ugovor o funkcionisanju EU (ubuduće i UFU ili FU) su manje ili više dopunjavane i mijenjane, uključujući i nekoliko odredbi koje su stigle iz Ugovora o EU. Pri tome su neke u potpunosti nove, kao što je to slučaj, na primjer, sa onim koje se odnose na pitanje energije.

2.2.1. Struktura

2.2.1.1. Prvi dio

Lisabonski ugovor radikalno revidira Prvi dio svojevremenog Ugovora o EZ, kako u smislu strukture tako i sadržaja. Konkretnije, u Ugovoru o funkcionisanju EU, Prvi dio, dat pod naslovom "Principi", podijeljen je na dva naslova, kojim prethodi odredba o predmetu regulisanja ovog ugovora i odnosu prema Ugovoru o EU – čl. 1, FU.

U Naslovu I su date odredbe koje regulišu pitanja nadležnosti Unije³³ – čl. 2-6, FU, a Naslov II sadrži tzv. horizontalne odredbe, tj. one koje statuiraju principe od značaja za sve politike i aktivnosti Unije – čl. 7-17, FU.

³⁰ Prema svojevremenom rješenju iz čl. 46 Ugovora o EU, Sud nije imao ovu nadležnost.

³¹ Do sada je takvu odredbu imao samo ugovor o EZ.

³² Snagu autentičnosti imaju samo verzije na tzv. službenim jezicima EU, momentalno njih dvadeset tri.

Ovaj dio Ugovora o funkcionisanju EU sadržinski dobrim dijelom odgovara neusvojenom Ustavu, uz tri značajna odstupanja.

Prvo, redefinisana je odredba o nadležnosti Unije, uključujući i poseban protokol koji je usvojen s tim u vezi.

Drugo, poseban protokol je kreiran u vezi sa javnim uslugama.

I treće, vanjskopolitički aspekt zaštite ličnih podataka je izmješten u odgovarajući segment reformisanog Ugovora o EU, gdje je dat u posebnom članu.

2.2.1.2. Drugi dio

Drugi dio Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, dat pod naslovom Nediskriminacija i građanstvo Unije, sadrži odredbe o

- zabrani diskriminacije - čl. 18-19, FU;
- institutu građanstva Unije - čl. 20-24, FU;³⁴ te
- obavezu Komisije da Evropskom parlamentu i Savjetu dostavlja trogodišnji izvještaj o primjeni pomenutih odredbi - čl. 25, FU.³⁵

2.2.1.3. Treći dio

Treći dio Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, daleko *najobimniji*, sadrži više naslova - njih dvadesetčetiri, u kojima je dato više od stosedamdeset članova. Obim ovog dijela je posljedica činjenice da se on bavi mnogobrojnim zajedničkim politikama i akcijama. Tim povodom jedna generalna napomena, nagovještena u uvodu. U aktuelnom evropskom diskursu se govori o "komunitarnim" politikama i akcijama, no budući da je izraz "zajednica" napušten u korist izraza "unija", postlisabonski tekst Ugovora o funkcionisanju EU govori o "unijskim" politikama i akcijama.

Ugovor o funkcionisanju EU u Trećem dijelu detaljnije reguliše sljedeća pitanja, odnosno sljedeće oblasti društvenih odnosa:

- Unutrašnje tržište - Naslov I, čl. 26-27, FU;³⁶
- Slobodno kretanje robe - Naslov II, čl. 28-37, FU;³⁷

³³ Ugovor o funkcionisanju Unije ne koristi izraz "Zajednica"!

³⁴ Ex čl. 17-21, EZ.

³⁵ Ex čl. 22, EZ.

³⁶ Ex čl. 14 i 15, EZ.

- Poljoprivreda i ribarstvo – Naslov III, čl. 38-44, FU;³⁸
- Slobodno kretanje lica, usluga i kapitala – Naslov IV, čl. 45-66, FU;³⁹
- Prostor slobode, bezbjednosti i pravde – Naslov V, čl. 67-89, FU;⁴⁰
- Transport – Naslov VI, čl. 90-100, FU;⁴¹
- Zajednička pravila o konkurenciji, oporezivanju i harmonizaciji prava – Naslov VII, čl. 101-118, FU;⁴²
- Ekonomska i monetarna politika – Naslov VIII, čl. 119-144, FU;⁴³
- Zapošljavanje – Naslov IX, čl. 145, FU;⁴⁴
- Socijalna politika – Naslov X, čl. 151-161, FU;⁴⁵
- Evropski socijalni fond – Naslov XI, čl. 162-164, FU;⁴⁶
- Obrazovanje, stručno usavršavanje, omladina i sport – Naslov XII, čl. 165-166, FU;⁴⁷
- Kultura – Naslov XIII, čl. 167, FU;⁴⁸
- Javno zdravlje – naslov XIV, čl. 168, FU;⁴⁹
- Zaštita potrošača – Naslov XV, čl. 169, FU;⁵⁰
- Transevropske mreže – Naslov XIV, čl. 170-172, FU;⁵¹
- Industrija – Naslov XVII, čl.173, FU;⁵²

³⁷ Uključujući i ex čl. 23-31, čl. 33,-37 i čl. 135, EZ.

³⁸ Uključujući i ex čl. 32-38, EZ.

³⁹ Uključujući i čl. 39-59 i čl. 294, EZ.

⁴⁰ Uključujući i čl. 29-33 i čl. 36, EU, te čl. 61-65, EZ. U ovaj Naslov je integrisan postojeći III unijski stub.

⁴¹ Ex čl. 70-80, EZ.

⁴² Uključujući i čl. 81-93 i čl. 93-97, EZ.

⁴³ Uključujući i ex čl. 4, čl. 98-111, čl. 114 -115, i čl. 119-121(1), 122(2) i čl. 123(5), EZ.

⁴⁴ Ex čl. 125-130, EZ.

⁴⁵ Uključujući i ex čl.136-145, EZ.

⁴⁶ Ex čl. 146-148, EZ.

⁴⁷ Ex čl. 149-150, EZ.

⁴⁸ Ex čl. 151, EZ.

⁴⁹ Ex čl. 152, EZ.

⁵⁰ Ex čl. 153, EZ.

⁵¹ Ex čl. 154-156, EZ.

⁵² Ex čl. 157, EZ.

- Ekonomska, socijalna i teritorijalna kohezija – Naslov XVIII, čl. 174-178, FU;⁵³
- Istraživanje i tehnološki razvoj i svemir – Naslov XIX, čl. 179-190, FU;⁵⁴
- Životna sredina/ okoliš – Naslov XX, čl. 191-193, FU;⁵⁵
- Energija – Naslov XXI, čl. 194, FU;
- Turizam – Naslov XXII: čl. 195, FU;
- Civilna zaštita – Naslov XXIII, čl. 196, FU; i
- Administrativna saradnja – Naslov XXIV, čl. 197, FU.

2.2.1.4. Četvrti i Peti dio

Četvrti dio Ugovora o funkcionisanju Evropske unije bavi se odnosom EU i tzv. prekomorskih zemalja i teritorija, a čine ga čl. 198-204, FU.⁵⁶

Peti dio, posvećen vanjskopolitičkom djelovanju Unije, dakle onom što je u dosadašnjem režimu predstavljalo III unijski stub, dat je u vidu nekoliko naslova:

- Opšte odredbe – Naslov I, čl. 205, FU;
- Zajednička trgovinska politika – Naslov II, čl. 206 i 207, FU;⁵⁷
- Saradnja sa trećim zemljama i humanitarna pomoć – Naslov III, čl. 208-214, FU;⁵⁸
- Restriktivne mjere – Naslov IV, čl. 215, FU;⁵⁹
- Međunarodni sporazumi – Naslov V, čl. 216-219, FU;⁶⁰
- Odnosi Unije sa međunarodnim organizacijama i trećim zemljama i predstavništva Unije – Naslov VI, čl. 220-221, FU;⁶¹
- Klauzula solidarnosti – Naslov VII, čl. 222, FU.⁶²

⁵³ Ex čl. 158-162, EZ.

⁵⁴ Uključujući i ex čl.163-173, EZ.

⁵⁵ Ex čl. 174-176, EZ.

⁵⁶ Ex čl. 182-188, EZ.

⁵⁷ Ex čl. 131 i 132, EZ.

⁵⁸ Uključujući i ex čl. 177-181a, EZ. Pominjano je, odredbe o humanitarnoj pomoći, u FU Poglavlje 3, su stigle sa Lisabonskim ugovorom.

⁵⁹ Ex čl. 301, EZ.

⁶⁰ Uključujući i ex čl. 300, čl. 310 i 311(1)-(3) i (5), EZ.

⁶¹ Uključujući i čl. 302-304, EZ. Odredba o predavljanju Unije i situiranju te materije u nadležnost Visokog predstavnika je postlisabonska novina.

2.2.1.5. Šesti i Sedmi dio

Šesti dio Ugovora o funkcionisanju Unije, dat pod naslovom "Institucionalne i finansijske odredbe", takođe sadrži nekoliko naslova.

Tu su regulisana sljedeća pitanja:

- Institucije – Naslov I, čl. 232-309, FU;⁶³
- Finansijska pitanja – Naslov II, čl. 310-325, FU;⁶⁴
- Pojačana saradnja – Naslov III, čl. 326-334, FU.⁶⁵

U vezi sa Naslovom I treba konstatovati da su u njemu date detaljnije odredbe u vezi pojedinih institucija i tijela Unije. Konkretnije, naslov je podijeljen u četiri poglavlja, sa sljedećim sadržajem.

- Poglavlje 1 – "Institucije"
 - o Evropski parlament – Odjeljak 1, čl. 233-234, FU;
 - o Evropski savjet – Odjeljak 2, čl. 235-236, FU;
 - o Savjet ministara – Odjeljak 3, čl. 237-234, FU;
 - o Komisija – Odjeljak 4, čl. 244-250, FU;
 - o Sud pravde Evropske unije – Odjeljak 5, čl. 251-281, FU;
 - o Evropska centralna banka – Odjeljak 6, čl. 282-284, FU;
 - o Finansijski sud – Odjeljak 7, čl. 285-287, FU.
- Poglavlje 2 – "Pravni akti Unije, postupak usvajanja i ostale odredbe"
 - o Pravni akti – Odjeljak 1, čl. 288-292, FU;⁶⁶
 - o Postupci usvajanja akata – Odjeljak 2, čl. 293-299, FU.⁶⁷
- Poglavlje 3 – "Savjetodavna tijela Unije"
 - o Ekonomsko-socijalni komitet (Ecosoc) – Odjeljak 1, čl. 301-304, FU;⁶⁸
 - o Komitet regija (KR) – Odjeljak 2, čl. 305-308, FU;⁶⁹

⁶² Statuiranje i razrada principa, alias klauzule solidarnosti, je postlisabonska novina.

⁶³ Uključujući i ex čl. 113, čl. 190(4) i (5), čl. 191-201, čl. 204, čl. 205(1) i (2), čl. 206-210, čl. 213-216, čl. 217(2), čl. 218(2), čl. 212, čl. 219, čl. 221-225a, čl. 226-229a, čl. 230-251, čl. 253-256, čl. 258-262, čl. 264-267, EZ.

⁶⁴ Uključujući i ex čl. 268-269, čl. 271, čl. 272(1), čl. 272(2)-(10), čl. 273-280, EZ.

⁶⁵ Uključujući i ex čl. 27a-27e, čl. 40b i 43-45, EU, i čl. 11 i 11a, EZ.

⁶⁶ Uključujući (samo!) ex čl. 249, EZ.

⁶⁷ Uključujući ex čl. 250-254 i čl. 256, EZ.

⁶⁸ Ex čl. 258-262, EZ.

⁶⁹ Ex čl. 263(2)-(4), i čl. 264-265, EZ.

- Poglavlje 4 - "Evropska investiciona banka", čl. 308-309, FU.⁷⁰

Naslov II u okviru Šestog dijela Ugovora o funkcionisanju Unije, uz uvodni čl. 310,⁷¹ takođe sadrži nekoliko poglavlja:

- Poglavlje 1 - "Vlastiti izvori Unije", čl. 311, FU;⁷²
- Poglavlje 2 - "Višegodišnji finansijski okvir", čl. 312, FU;
- Poglavlje 3 - "Godišnji budžet Unije", čl. 313- 316, FU;⁷³
- Poglavlje 4 - "Ostvarivanje budžeta i razrješenje", čl. 317-319, FU;⁷⁴
- Poglavlje 5 - "Zajedničke odredbe", čl. 320-324, FU;⁷⁵
- Poglavlje 6 - "Borba protiv prevare", čl. 325, FU.⁷⁶

Naslov III u ovom dijelu posvećen je mehanizmu pojačane saradnje, što znači da uz mjerodavne odredbe dosadašnjeg Ugovora o EZ, a to su čl. 11 i čl. 11a, preuzima i dijelove postojećeg Ugovora o Evropskoj uniji, tačnije onog što se obično navodi kao II unijski stub, a to su dosadašnji čl. 27a-27e, čl. 40-40b i čl. 43-45, EU.

Sedmi dio, pod naslovom Opšte i završne odredbe, obuhvata čl. 335-358, FU.⁷⁷

3. Ključne novine

Osnovni doprinos Lisabonskog ugovora, a utoliko i novine u odnosu na do tada postojeći institucionalno-pravni ili ustavni režim Evropske unije, sadržan je u sljedećem.⁷⁸

- Ojačan je *legimitet* Evropske unije, što se prvenstveno odnosi na:
 - preciziranje odredbi u vezi sa utemeljujućim vrijednostima,

⁷⁰ Ex čl. 226-227, EZ.

⁷¹ Ex čl. 268, EZ.

⁷² Ex čl. 269, EZ.

⁷³ Ex čl. 271, čl. 272(2)-(10) i čl. 273, EZ.

⁷⁴ Ex čl. 274-276.

⁷⁵ Uključujući čl. 277-279, EZ.

⁷⁶ Ex čl. 280, EZ.

⁷⁷ Uključujući i ex čl. 282-285, čl. 287-292, čl. 295-299(2)-(6), čl. 306-309, čl. 312 i čl. 313, EZ.

⁷⁸ Tragom I. Pernice, *Salvaging the Constitution for Europe – A Reform Treaty for the EU, WHI – Paper 4/07* (ubuduće: Pernice, 2007). Vidi i Mathijsen, P.S.R.F., *A Guide to European Union Law*, 10th ed, Sweet & Maxwell, London, 2010 (ubuduće: Mathijsen, 2010), str. 25.

- nove odredbe o demokratskim principima na kojima počiva Unija, uključujući elemente posredne i neposredne demokratije, te tzv. građansku inicijativu,
- dodatna ovlaštenja Evropskog parlamenta u zakonodavnom postupku,
- naglašeniju ulogu nacionalnih parlamenata u radu institucija EU, uključujući institut tzv. "narandžastog kartona" (De Búrca), tj. zakonodavni postupak u kojem je, nakon intervencije većine nacionalnih parlamenata, za usvajanje akta potrebna združena podrška Savjeta i Evropskog parlamenta,
- obavezu Savjeta da kao zakonodavno tijelo djeluje putem sjednica otvorenih za javnost,
- statuiranje tzv. dvostruke većine za odlučivanje u Savjetu, tj. uključivanje demografskog kriterijuma pri utvrđivanju (kvalifikovane) većine.
- Potvrtnan je osnivačko-autonomni položaj država članica u integracionom procesu, prije svega izričitim statuiranjem:
 - generalne obaveze poštivanja "nacionalnog identiteta" država članica,
 - obaveze uvažavanja njihove ustavne strukture, uključujući regionalni i lokalni aspekt,⁷⁹
 - postupka istupanja iz članstva u EU.
- Osnovna *ljudska prava* su i formalno dignuta na rang osnovnih principa Unije, prije svega statuiranjem:
 - osnovnih prava kao utemeljujuće vrijednosti integracije u okviru EU,
 - pravno-obavezujućeg karaktera Povelje EU o osnovnim pravima,
 - obaveze EU da pristupi Konvenciji o zaštiti ljudskih prava i sloboda.
- Unaprijeđena je *efikasnost* u radu institucija, prije svega
 - odstupanjem jednoglasnosti u korist (kvalifikovanog) većinskog odlučivanja u Savjetu, koje postaje pravilo u gotovu svim zajedničkim politikama,
 - reduciranjem broja članova Komisije.⁸⁰

⁷⁹ U skladu sa svojim generalnim pristupom, Pernice, 2007, ovo vidi kao razradu ideje višeslojne ustavnosti.

⁸⁰ Doduše, ovim povodom je odstupljeno od izvornog rješenja.

- Unija dobija jasnije konture vanjskog i unutrašnjeg *predstavljanja* i djelovanja, prije svega zahvaljujući novouvedenim funkcijama
 - Predsjednik Evropskog savjeta, sa dvoipogodišnjim, obnovljivim mandatom, i
 - Visoki predstavnik za inostrane/vanjske poslove i bezbjednost.
 - Precizirano je razgraničenje *nadležnosti* Unije i država članica; prije svega
 - jasnijom sistematizacijom i definisanjem pojedinih vidova nadležnosti,⁸¹
 - jačanjem uloge nacionalnih parlamenata u primjeni principa supsidijarnosti (mehanizam "ranog upozorenja"; "žutog" i "narandžastog kartona"),
 - izričitim statuiranjem mogućnosti smanjenja nadležnosti Unije.

Izloženo je moguće shvatiti kao puku "tehničku" dogradnju postojećeg ustavnog okvira, utemeljenog Osnivačkim ugovorima i njihovim dopunama tokom minulih pet decenija. No, sve je moguće shvatiti i kao *temeljitu reformu* koja jasno smjera ka "državnom", odnosno "ustavnom" profiliranju Evropske unije. Ili, Lisabonski ugovor je pokušaj prevođenja postojećih ključnih elemenata političko-pravnog režima u *ustav* kao temeljni, odnosno najviši pravni akt Evropske unije.

III. POSTLISABONSKI USTAVNI OKVIR

1. Opšte odrednice - Preambula

Tekst Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o funkcionisanju EU (dosadašnji Ugovor o EZ) uopšte ne koristi termin "ustav". Takođe, veći dio preambule neusvojenog Ustava je izostavljen. Preuzeto je samo pozivanje na *kulturno, religijsko i humanističko* naslijeđe Evrope, kao izvor univerzalnih vrijednosti na kojima počiva Unija: nepovredivost i neotuđivost prava čovjeka, sloboda, demokratija, jednakost i vladavina prava.⁸²

⁸¹ Ali, vidi T. Čapeta, *Sudska zaštita u Evropskoj uniji nakon Lisabonskog ugovora*, u Rodin, S., i dr., *Reforma Evropske unije Lisabonski ugovor*, Narodne novine, Zagreb, 2009, str. 89-118 (ubuduće: Čapeta, 2009), str. 102, gdje se otvara interesantno pitanje mogućih sporova pred Sudom EU upravo u vezi sa dodatnim preciziranjem nadležnosti.

⁸² Kod M. Janjević, (ed.), *Ustav Evrope*, Službeni glasnik, Beograd, 2005 (ubuduće: Janjević, 2005), ovo je dato kao: "... prava svih ljudskih bića, kao što su sloboda, demokratija...". U reformisanom Ugovoru o EU pomenutim vrijednostima je posvećen čl. 2, koji sadržinski

Rukovođeni istom idejom, autori Lisabonskog ugovora su odustali i od Ustavom izričito statuiranih simbola: zastava, himna i moto/geslo Evropske unije ("Jedinstvo u razlikama")⁸³ - oni se ne pominju u reformisanim Ugovorima (o EU i o funkcionisanju EU).

Izloženo može izgledati kao dio relativno radikalnog čišćenja teksta Osnivačkih ugovora od onog što bi moglo manje ili više otvoreno ukazivati na njihov ustavni karakter, ali činjenica je da se i pored toga *suštinski* ništa ne mijenja.

Na primjer, to što o supremaciji komunitarnog prava ne govori Ugovor o Evropskoj uniji ili Ugovor o funkcionisanju Evropske unije ne znači da taj princip, kao jedno od ključnih pravila ili elemenata ustavnopravnog ustrojstva Unije, neće postojati. Ili, to što reformisani Ugovori ne pominju simbole (zastavu, himnu) ne znači da već dobro znana plava zastava sa dvanaest žutih zvijezda ili odlomak iz Betovenove 9. simfonije neće i dalje služiti istoj svrsi.⁸⁴ Ili, to što je Povelja o osnovnim pravima EU "deložirana" u jedan od protokola ne znači da neće biti pravno obavezujuća.⁸⁵

Postlisabonski tekst Ugovora o EU izričito statuirá istu pravnu vrijednost/snagu Ugovora o EU i Ugovora o funkcionisanju EU, kao ugovorâ koji utemeljuju Uniju - utoliko, i dalje je moguće govoriti o Osnivačkim ugovorima (Unije).

2. Ciljevi Unije

Kada je riječ o ciljevima Evropske unije, inače navedenim u čl. 3 reformisanog Ugovora o EU, treba konstatovati nekoliko stvari.

odgovara postojećem čl. 6(1), EU, a u Ustavu je bio dat kao čl. I-2. U odnosu na postojeću "listu", novina je isticanje ljudskog dostojanstva.

⁸³ Za neke je ovo ispravan postupak i zbog činjenice da moto ili geslo - generalno i u konkretnom slučaju - neizbježno reducira pojmovni sadržaj kojeg nastoji iskazati. Tako, na primjer, J. Hendry, *Legal culture Europeanisation Unity and diversity*, Tilburg Institute of Comparative & Transnational Law 2009/05 (ubuduće: Hendry, 2009), drži da iza napuštenog gesla ustvari stoji ideja jedinstva bez uniformnosti i različitosti bez fragmentacije (*unity without uniformity and diversity without fragmentation*).

⁸⁴ Ovo tim prije nakon nedavne odluke Evropskog parlamenta da, u okviru svojih kompetencija, ozvaniči pomenute simbole. Vidi odluke sjednice EP od 09/10/08.

⁸⁵ Doduše, ovim je dijelom olakšano ugovaranje izuzetaka u vezi sa primjenom Povelje, ali to, opet, ne mijenja suštinu - radije, potvrđuje je.

Prvo, veći dio mjerodavne odredbe je preuzet iz Ustava.⁸⁶

Drugo, iz "popisa" ciljeva *izostavljena* je slobodna tržišna konkurencija,⁸⁷ s tim da to pitanje tretira poseban protokol - Protokol o unutrašnjem tržištu i konkurenciji.

Treće, u skladu sadržinom aktuelnog čl. 2 Ugovora o EZ, među ciljevima Unije izričito su statuirani Ekonomsko-monetarna unija i euro - čl. 3(4), EU, te Prostor slobode, bezbjednosti i pravde - čl. 3(2), EU.

Četvrto, uz ekonomski i društveni napredak, kao već postojeće ciljeve, Lisabonski ugovor u mjerodavnoj uvodnoj odredbi Ugovora o Evropskoj uniji *dodaje* i teritorijalnu koheziju - čl. 3(3) alineja tri, EU.⁸⁸

3. Pravni subjektivitet

U postlisabonskim Osnivačkim ugovorima izričito je statuiran, unutrašnji i vanjski, pravni subjektivitet Unije. Uz ostalo, to je refleks činjenice da Evropska unija "apsorbuje" postojeću Zajednicu.

Lapidarna odredba kojom se utvrđuje pravni subjektivitet Unije data je u čl. 47 Ugovora o EU, inače uvodnom članu Naslova VI "Završne odredbe", i glasi: "Unija ima pravni subjektivitet".

3.1. Jedinstven/jedan subjektivitet

Generalno govoreći, iza pojave ove četiri riječi u tekstu Osnivačkog ugovora stoji relativno duga borba između stvarnog i formalnog - misleći na *de facto* subjektivitet kojeg je EU imala gotovo već od osnivanja i njegovog formalnog statuiranja, sa jedne strane, i s tim povezan strah država članica po njihov suverenitet, sa druge strane.

Izričito statuiranje pravnog subjektiviteta Evropske unije za rezultat je imalo i redefinisane određene odredbe Osnivačkih ugovora.

⁸⁶ Čl. I-3.

⁸⁷ Po mnogima, ovo je rezultat insistiranja Francuske. Istovremeno Rodin, Siniša/Goldner Lang, Iris (2009), Lisabonski ugovor od 13 prosinca. 2007. - šta je novo?, u Rodin, S., i dr., *Reforma Evropske unije Lisabonski ugovor*, Narodne novine, Zagreb, 2009, str. 1-25 (ubuduće: Rodin/Goldner Lang, 2009), str. 15, nepominjanje tržišne konkurencije u ovom kontekstu vide kao "najveći misterij".

⁸⁸ Ex čl. 2, EU.

Tako, za razliku od svojevremenog člana 24 Ugovora o EU, u kojem je međunarodni pravni subjektivitet Unije trebalo "učitavati" u tekst nekoliko stavova, sada je, u samo jednoj rečenici, istaknuto da "Unija može zaključiti sporazume sa jednom ili više država ili međunarodnih organizacija u oblastima obuhvaćenim ovim Poglavljem" – čl. 17, EU.⁸⁹

Ili, sada je Unija ovlaštena da zaključuje međunarodne sporazume u *svim* oblastima obuhvaćenim njenom nadležnošću, a ne samo one u oblasti koju je imao u vidu dosadašnji čl. 24, EU.

3.2. Subjektivitet i nadležnost

Posebna deklaracija uz Završni akt Međunarodne konferencije koja je radila na Lisabonskom ugovoru (Deklaracija 24) konstatuje da formalno sticanje pravnog subjektiviteta "ni na koji način" neće uticati na Ugovorom statuiranu nadležnost Evropske unije – kako u odnosu na zakonodavnu djelatnost, tako i preduzimanje određenih mjera.

Ustvari, ovim se reprodukuje jedan od stavova grupe stručnjaka koja je radila na izradi nacrtu neusvojenog Ustava,⁹⁰ ali se time, kako se ispravno ističe, ne rješava i pitanje pravne prirode Evropske unije – ono ostaje predmet doktrinarne debate, o čemu će još biti riječi.

4. Utemeljujuće vrijednosti

Postlisabonski Ugovor o EU u prvi plan ističe set društvenih vrijednosti koje utemeljuju cjelokupan integracioni projekat. Ustvari, riječ je o revidiranoj odredbi ranijeg čl. 6, EU, pri čemu treba napomenuti nekoliko stvari.

Prvo, postojeća odredba je doživjela promociju – u svojevremenom Ugovoru o EU je data iza odredbi o određenim institucionalnim rješenjima i o ciljevima Unije, a u postlisabonskom tekstu u članu 2 Ugovora, dakle u jednom od uvodnih članova.

Drugo, opredjeljenje za izraz *vrijednosti* umjesto izraza principi svakako ima i simboličko značenje.

⁸⁹ Novo Poglavlje 2 Naslova V Ugovora o EU.

⁹⁰ Radna grupa III Konvencije ili Konventa o budućnosti Evrope (*Convention on the Future of Europe*).

Treće, u skladu sa *liberalno-kapitalističko-demokratskim* poimanjem društvenih odnosa, vrijednosti koje stoje iza integracionog projekta su date sljedećim redom:

- ljudski dignitet,
- sloboda,
- demokratija,
- jednakost,
- vladavina prava i
- uvažavanje ljudskih prava, uključujući prava manjinskih grupa.

Radi se o vrijednostima, ističe Ugovor, koje su "zajedničke državama članicama", a koje karakterišu društvenu zajednicu definisanu sljedećim elementima:

- pluralizam,
- nediskriminacija,
- tolerancija,
- pravda,
- solidarnost i
- jednakost između žene i muškarca.

Očito, parafrazirajući jedan od dokumenata posvećenih "evropskom identitetu",⁹¹ u pitanju je set temeljnih evropskih vrijednosti – tolerancija, humanost i bratstvo. Ili, nešto bliže javno-političkom diskursu, radi se o vrijednostima koje je iznjedrila hiljadugodišnja istorija tzv. euro-hrišćanstva.

Četvrto, u odredbi koja statuirá ciljeve Evropske unije utemeljujuće vrijednosti sada zauzimaju prominentnije mjesto. Konkretnije, redefinisane odredbe ovog člana sada izričito govore o Uniji čiji je cilj, a utoliko i obaveza, da "unapređuje svoje vrijednosti" – čl. 3(1), EU, te da ih "održava i unapređuje" u odnosima sa širom svjetskom zajednicom – čl. 3(5), EU.

Peto, navedeni set vrijednosti je i *kriterijum* za ocjenu spremnosti države kandidata za prijem u Evropsku uniju – čl. 49, EU, a na osnovu njega se odlučuje i o eventualnom sankcionisanju postojećih država članica – čl. 7, EU.

Šesto, utemeljujuće vrijednosti su značajne i za mogućnost uspostavljanja specijalnih odnosa sa susjednim zemljama. Naime, ovi odnosi, inače *novina* u

⁹¹ Povelja evropskog identiteta iz 1995, usvojena u Libeku krajem oktobra 1995, od strane udruženja "Europa-Union Deutschland".

tekstu Osnivačkih ugovora,⁹² moraju biti utemeljeni na vrijednostima Unije i karakterizirani bliskim i miroljubivim odnosima i saradnjom.

5. Osnovna prava

Kao rezultat zalaganja nekoliko država članica, prije svega Velike Britanije, postlisabonski tekst Ugovora o EU ne sadrži Povelju o osnovnim pravima EU. Umjesto toga, u jednoj od uvodnih odredbi izričito se priznaju prava, slobode i principi utvrđeni Poveljom – čl. 6(1), dok je sama Povelja data u posebnom protokolu.

Činjenica da je Povelja, po drugi put potpisana i svečano proglašena od strane institucija (EP, Savjet, Komisija)⁹³ i smještena u jedan od protokola, a ne u tekst ugovora, ima nesumnjiv politički i simbolički značaj.⁹⁴ Ipak, iako data u protokolu, Povelja *obavezuje* kako Evropski sud, tako i nacionalne sudove – naravno, u kontekstu primjene komunitarnog prava.

Sa druge strane, novi status Povelje znači i da će se njene izmjene vršiti na drugačiji način (međuinstitucionalni sporazum), dakle *ne* u tzv. redovnoj amandmanskoj proceduri koja vrijedi za Osnivačke ugovore.

Naravno, sjenu na status Povelje o osnovnim pravima bacio je izuzetak u odnosu na V. Britaniju i Poljsku, a "u zadnji čas" i u odnosu na Češku, ali ta činjenica nipošto ne umanjuje značaj ustavnopravne formalizacije Povelje – protokol se tretira kao dio ugovora!

Ne manje značajno je i izričito statuiranje obaveze (*The Union shall ...*) pristupanja Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima – čl. 6(2), kao aktu koji utemeljuje ljudska prava i slobode na prostoru Evrope.

Vraćajući se Povelji o osnovnim pravima EU, treba podsjetiti na činjenicu da je u međuvremenu, iako formalno pravno neobavezujući akt, često služila kao osnov za utemeljenje pravnog stanovišta – kako u okviru mišljenja generalnih pravozastupnika,⁹⁵ tako i odluka Evropskog suda.⁹⁶

⁹² Preuzeta iz Ustava (čl. I-57).

⁹³ To je učinjeno 27. decembra 2007.

⁹⁴ U tom smislu Rodin/Goldner Lang, 2009, str. 14.

⁹⁵ Vidi Chalmers i dr., 2006, str. 248, gdje se konstatuje da se to desilo u nekoliko desetina slučajeva rješavanih pred Sudom.

6. Demokratija

6.1. Uloga nacionalnih parlamenata

Revidirana, znatno naglašena, uloga nacionalnih parlamenata u djelovanju Evropske unije može se shvatiti kao dio procesa njene demokratizacije, a utoliko i demokratskog legitimisanja.

Naravno, za one koji a priori odbacuju ideju tzv. dvojnog (demokratskog) legitimiteta Evropske unije, a to prije svega vrijedi za one koji je vide kao nedržavnu, tehničko-upravljačku ... i, navodno, idejnopolitički neutralnu strukturu (Majone!), ova perspektiva je neumjesna. Ipak, pojava ovog aspekta u revidiranim Osnivačkim ugovorima, ukazuje na značaj ovog pitanja. U tom pravcu govore i rješenja prisutna u Protokolu o ulozi nacionalnih parlamenata u EU,⁹⁷ kao i u Protokolu o supsidijarnosti i proporcionalnosti.⁹⁸

Prominentnija uloga nacionalnih parlamenata u institucionalnoj strukturi EU⁹⁹ osobito je uočljiva u okviru početne faze zakonodavnog postupka.

Revidirani Ugovor o EU reguliše i sljedeća pitanja:

- uloga nacionalnih parlamenata u *nadzoru* primjene principa supsidijarnosti,
- njihovo učešće u *ocjeni* provedbenih mjera u oblasti slobode, bezbjednosti i pravde,
- učešće u postupku *izmjene* Ugovorâ,
- učešće u postupku *prijema* novih država u članstvo EU, kao i
- učešće u *interparlamentarnoj saradnji* nacionalnih parlamenata i Evropskog parlamenta, u skladu sa odgovarajućim protokolom.

Kada je riječ o pomenutim protokolima, ključne novine se tiču sljedećeg. Komisija je dužna nacionalnim parlamentima dostaviti prijedloge svih

⁹⁶ Vidi, na primjer, slučaj *Viking Line*, para 44. Slučaj *RTL* se navodi kao prvi u kojem se Sud izričito pozvao na Povelju.

⁹⁷ Protokol br. 1.

⁹⁸ Protokol br. 2.

⁹⁹ Ovim povodom, uz ostale, vidi A. Bačić, O položaju, ulozi i značaju nacionalnog parlamenta u EU konstitucionalizmu, *Zbornik PF u Splitu*, br. 2/2006, str. 1-23. (ubuduće: Bačić, A., 2006).

zakonskih akata, uključujući i godišnji program zakonodavne djelatnosti, paralelno sa njihovim dostavljanjem Evropskom parlamentu i Savjetu – čl. 1, Protokol br. 1. Isto, *mutatis mutandis*, vrijedi i za prijedloge akata potekle od država članica, Evropskog suda, ECB i EIB – čl. 2, Protokol br. 1.¹⁰⁰ Nacionalnom parlamentu je na raspolaganju osam sedmica da predsjednicima komunitarnih institucija, učesnicama zakonodavnog postupka (Komisija, Savjet, Parlament), dostavi obrazložen stav o tome zašto smatra da se predloženi akt protivi principu supsidijarnosti – čl. 3(1) i 4, Protokol br.1. Istovremeno, kada su u pitanju principi supsidijarnosti i proporcionalnosti, EP, Savjet i Komisija moraju *uzeti u obzir* stavove nacionalnih parlamenata – čl. 7(1), Protokol br. 2.

Inače, svaki nacionalni parlament raspolaže sa dva glasa, u skladu sa domaćim ustavnim rješenjem (dva doma – po jedan glas). Ako stav o kršenju principa supsidijarnosti dijeli najmanje 1/3 glasova nacionalnih parlamenata, nacrt akta mora biti ponovno razmatran.¹⁰¹ Kada se akt usvaja u redovnom zakonodavnom postupku, a obična/prosta većina glasova drži da se njime vrijeda princip supsidijarnosti, Komisija mora ponovno razmotriti akt – čl. 3(1), Protokol br. 2. Ako odluči da i nakon toga ostane kod prvobitnog prijedloga, Komisija će o tome dati posebno obrazloženje – čl. 3(2), Protokol br. 2.

Kako se sa razlogom ističe,¹⁰² korisnost ove inovacije velikim dijelom zavisi od generalne spremnosti nacionalnih parlamenata da se uključe u zakonodavni proces na nivou Unije.

6.2. Posredna – predstavnička demokratija

U mjeri u kojoj govore o jednakosti, zabrani diskriminacije i, osobito, o demokratiji, utemeljujuće vrijednosti zaslužuju nekoliko napomena iz ugla građana Unije, odnosno ustanove unijskog građanstva.

U kontekstu demokratskih principa, i tragom neusvojenog Ustava, postlisabonski Ugovor o EU ističe da Unija djeluje u skladu sa principom

¹⁰⁰ S tim da ovdje Savjet prosljeđuje prijedlog nacionalnim parlamentima.

¹⁰¹ U slučaju akta koji se donosi po osnovu čl. 76, FU, tj. u okviru "Prostora slobode, bezbjednosti i pravde", prag je ¼ glasova – čl. 7(2) *in fine*, Protokol br. 2.

¹⁰² P. Craig, (2008), *The Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance*, (2008) *EL Rev.*, str. 137-166 (ubuduće: Craig, 2008), str. 150.

predstavničke ili reprezentativne demokratije; tačnije on joj je *temelj* – novi čl. 10(1), EU. To znači nekoliko stvari.

Prvo, na nivou Unije građani su direktno predstavljeni ili zastupani u Evropskom parlamentu – čl. 10(2), EU.¹⁰³

Drugo, svaki građanin ima *pravo* učešća u demokratskom životu Unije.

Treće, odluke se donose na što je moguće otvoreniji način i što je moguće bliže građaninu – čl. 10(3), EU.

Četvrto, oblikovanju političke svijesti na nivou EU, odnosno evropskog političkog javnog mnijenja, doprinose političke partije na nivou Unije – čl. 10(4), EU.

6.3. *Neposredna – participacijska demokratija*

U vezi sa neposrednim učešćem građana Unije u političkom životu, opet preuzimajući rješenja iz neusvojenog Ustava,¹⁰⁴ mjerodavne odredbe postlisabonskog Ugovora o EU statuiraju sljedeće.

Prvo, institucije Unije su obavezne da, putem odgovarajućih sredstava, građanima i organizacijama koje ih predstavljaju omogućе iznošenje i razmjenu stavova u svim oblastima djelovanja Unije – čl. 11(1), EU.

Drugo, institucije su obavezne redovno voditi otvoren i transparentan dijalog sa udruženjima koja predstavljaju građane Unije i civilnim društvom – čl. 11(2), EU.

Treće, u cilju poštivanja principa koherentnosti i transparentnosti djelovanja Unije, Komisija je obavezna provoditi široke konsultacije sa zainteresovanim segmentima društva – čl. 11(3), EU.

Četvrto, statuiran je institut tzv. građanske inicijative – čl. 11(4), EU. Riječ je o mogućnosti da grupa građana Unije zahtijeva od Komisije da pokrene zakonodavnu proceduru u vezi sa bilo kojim pitanjem obuhvaćenim ciljevima Unije – tzv. građanska ili civilna zakonodavna inicijativa. Inicijativa podrazumijeva učešće najmanje milion građana Unije koji su državljani

¹⁰³ Države su, posredstvom šefova i predsjednika vlada, predstavljene u Evropskom savjetu i, posredstvom svojih vlada, odnosno ministara, u Savjetu, s tim da su navedeni predstavnici demokratski odgovorni bilo nacionalnom parlamentu, bilo građanima države članice – čl. 10(2), EU.

¹⁰⁴ Ali izostavljajući odgovarajući rubni naslov.

"značajnog broja" država članica - čl. 11(4), EU. Preciznije odredbe o građanskoj inicijativi Evropski parlament i Savjet, u vidu uredbe, donose u redovnom zakonodavnom postupku - čl. 24(1), FU.¹⁰⁵

Peto, Lisabonski ugovor ostavlja i mogućnost za zakonodavno djelovanje u vezi socijalne sigurnosti i socijalne zaštite. Konkretnije, u skladu sa posebnim zakonodavnim postupkom ovim povodom, nakon što je konsultovao EP, Savjet odlučuje jednoglasno - čl. 21(3), FU. Isto vrijedi i u vezi sa diplomatsko-konzularnom zaštitom građana Unije - čl. 23(2), FU.

Šesto, ovim povodom je pravo Evropskog parlamenta da bude konsultovan unapređeno u pravo da daje saglasnost, odnosno u pravo "veta". Preciznije, to vrijedi za sve slučajeve u kojima se pokaže da Ugovorom statuirana sredstva/osnove za djelovanja u cilju olakšanja ostvarivanja osnovnih prava građana Unije nisu dovoljna - čl. 21(2), EU.

I sedmo, kada je riječ o izričito statuiranim pravima građana Unije (kretanje i nastanjivanje, biračko pravo, diplomatsko-konzularna zaštita i pravo peticije), u revidiranoj odredbi su ta prava navedena "između ostalih" - čl. 20(2), FU, čime se otvara mogućnost za širenje korpusa prava koja pripadaju građanima Unije.

O vrijednosti pomenutih inovacija će se voditi debata, tim prije što mnogi drže da je ovdje riječ o pukoj "demokratskoj retorici". No, treba podsjetiti da su citirane odredbe formulisane u maniru imperativne (ustavne) norme - korištenjem "će" (*shall*), a ne manje obavezujućeg "može" (*may*).

7. Solidarnost

7.1. Kao utemeljujuća vrijednost

Budući da će o solidarnosti u kontekstu zajedničke energetske politike biti još govora, ovdje tu činjenicu treba posmatrati kao dio operacionalizacije principa solidarnosti kao jednog od osnovnih ili utemeljujućih principa Evropske unije.

Kako je istaknuto u jednoj od uvodnih odredbi ugovora o EU, takav status solidarnosti generalno vrijedi za odnose između država članica u jačanju *ekonomske, socijalne i teritorijalne* kohezije - čl. 3.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Vidi COM (2009) 622. i COM(2010) 119 final.

¹⁰⁶ Ex čl. 2, EU.

7.2. Vanjsko djelovanje Unije

Isto je moguće reći i povodom vanjskopolitičkog djelovanja Unije – čl. 3(5), novi čl. 21(1), odnosno njene inostrane i bezbjednosne politike – čl. 24(2),¹⁰⁷ čl. 31(1)¹⁰⁸ i čl. 32(1).¹⁰⁹ Iako se u ovom kontekstu pominje i post-Nica tekst Ugovora o EU, solidarnost je sada izričito navedena kao jedan od ključnih principa u etabliranju i provedbi zajedničke inostrane i bezbjednosne politike, uključujući i odbrambenu komponentu.

Ugovorom su države obavezane ne samo da djeluju u duhu uzajamne političke solidarnosti, o čemu brigu vode Savjet i Visoki predstavnik – čl. 24(3), EU, već je uzajamna solidarnost statuirana i u vezi sa obavezom međusobnog informisanja o svim pitanjima inostrane i bezbjednosne politike od opšteg interesa. Time se, očito, omogućava formulisanje zajedničkog ili unijskog pristupa u ovoj oblasti. Pri tome, djelovanje u duhu uzajamne solidarnosti podrazumjeva informisanje *prije* preduzimanja akcije – čl. 32(1), EU. Nadalje, iako nije izričito pomenut u mjerodavanoj odredbi, princip solidarnosti bez sumnje stoji i iza mehanizma tzv. kolektivne odbrane ili kolektivne bezbjednosti iz čl. 42(7), EU. Konkretnije, ako je jedna od država "žrtva" oružane agresije, ostale su obavezne pomoći joj "svim raspoloživim sredstvima" (*all means in their power*).

Mehanizam pomoći, pak, podrazumjeva poštivanje Povelje UN,¹¹⁰ sa jedne strane, i specifičan karakter odbrambene politike bilo koje države članice, uključujući i članstvo u NATO-u, sa druge strane – čl. 42(7), EU.¹¹¹

U vezi sa ulogom solidarnosti između država članica isto, *mutatis mutandis*, vrijedi i u kontekstu Ugovora o funkcionisanju EU, kako povodom uspostavljanja Prostora slobode, bezbjednosti i pravde – čl. 67(2)¹¹² i novi čl.

¹⁰⁷ Ex čl. 11, EU.

¹⁰⁸ Ex čl. 23, EU.

¹⁰⁹ Ex čl. 16, EU.

¹¹⁰ Misli se na čl. 51, Povelja UN.

¹¹¹ Čini se da je ovim "pokriven" neutralni status nekih država članica. Ali, vidi i D. Lapaš, *Zajednička vanjska i sigurnosna politika Europske unije nakon Lisabona – put k europskom političkom identitetu?*, u Rodin, S., i dr., *Reforma Europske unije Lisabonski ugovor*, Narodne novine, Zagreb, 2009, str. 271-94 (ubuduće: Lapaš, 2009), str. 286.

¹¹² Ex čl. 29, EU, i čl. 61, EZ.

80, FU, ili Ekonomsko-monetarne unije – čl. 122(1), FU,¹¹³ tako i povodom zajedničke borbe protiv terorizma, čemu je posvećen poseban segment Dijela 4 Ugovora, pod naslovom "Klauzula solidarnosti" – novi čl. 22, FU.

7.3. Vertikalno i horizontalno dejstvo

U vezi sa izloženim jedna napomena se čini nužnom.

Naime, solidarnost koju ima u vidu čl. 42(7) Ugovora o EU se primarno, dakle ne i isključivo, odnosi na vojnu pomoć.¹¹⁴ No, solidarnost koju ima u vidu ova odredba djeluje na način karakterističan za svojevremini II stub Unije. Radi se o saradnji koja je "čisto međuvladinstvo" (*purely intergovernmental in nature*).¹¹⁵ U skladu s tim, u citiranoj odredbi "nema" unijskih institucija, odnosno ovdje solidarnost djeluje "horizontalno", što će reći obaveza postoji samo između država, ali ne i "vertikalno", tj. bez da se stvaraju bilo kakve nadležnosti/obaveze unijskih institucija.¹¹⁶

Za razliku od toga, solidarnost koju elaboriraju odredbe Ugovora o funkcionisanju EU, prije svega čl. 222, ima u vidu kako horizontalnu tako i vertikalnu dimenziju. Konkretnije, odredbama citiranog člana stvara se obaveza kako za države – da djeluju pojedinačno i zajednički, kao i da pruže potrebnu pomoć, tako i za institucije Unije. Ove druge su ne samo u obavezi da djeluju zajedno sa državama – čl. 222(1) uvodna rečenica, FU, nego i da "mobilišu sve instrumente kojim raspolažu" – čl. 222(1) druga rečenica, FU. Ova posljednja obaveza stoji *uz* obavezom zajedničkog djelovanja sa državama članicama.

8. Rukovodni ili opštevažeći principi

Već je pomenuto da je Lisabonski ugovor izmijenio Prvi dio svojevremenog Ugovora o EZ, kojim povodom je istaknuto da je taj dio, pod naslovom "Principi", sada podijeljen na dva naslova. Naslov I sadrži odredbe u vezi za

¹¹³ Ex čl. 100, EZ.

¹¹⁴ Utoliko, ovo je razrada ideje o "uzajamnoj odbrani" ili istoimene klauzule, čime se bavila odgovarajuća radna grupa (Grupa VIII) Konventa koji je radio na nacrtu neusvojenog Ustava Evrope. Detaljnije, uz ostale, Myrdal, Sara/Rhinard, Mark, *The European Union's Solidarity Clause: Empty Letter or Effective Tool?*, *UI Occasional Papers* br. 2/2010 (ubuduće: Myrdal/Rhinard, 2010), str. 3.

¹¹⁵ Myrdal/Rhinard, 2010, str. 10.

¹¹⁶ *Ibid.*

nadležnostima Unije – čl. 2-6, FU, a Naslov II je posvećen tzv. horizontalnim odredbama, tj. onim koje statuiraju *principe* od značaja za *sve* politike i aktivnosti Unije – čl. 7-17, FU.

I, budući da se odnose na *sve* politike i aktivnosti Unije, pomenute principe treba tretirati kao rukovodne ili opštevažeće i kao takve ih treba navesti u okviru generalnog predstavljanja novina koje su stigle sa Lisabonskim ugovorom.

Ne isključujući mogućnost drugačije sistematizacije, u Naslovu II su elaborirani sljedeći principi:

- Princip konzistentnosti (svih politika i aktivnosti), u skladu sa ciljevima Ugovora i principom prenijetih/udruženih ovlaštenja – čl. 7, FU;
- Princip jednakosti žena i muškaraca – čl. 8, FU;¹¹⁷
- Princip visokog nivoa zaposlenosti – čl. 9, FU;
- Princip socijalne sigurnosti i uključenosti, odnosno borbe protiv socijalne isključenosti – čl. 9, FU;
- Princip visokog nivoa obrazovanja i stručnog usavršavanja – čl. 9, FU;
- Princip zaštite ljudskog zdravlja – čl. 9, FU;
- Princip zabrane diskriminacije, po osnovu: pola, rase, etničkog porijekla, religije ili uvjerenja, nesposobnosti/hendikepiranosti, doba i seksualnog usmjerenja – čl. 10, FU;
- Princip zaštite životne sredine ili čovjekove okoline – čl. 11, FU;¹¹⁸
- Princip zaštite potrošača – čl. 12, FU;¹¹⁹
- Princip (zaštite) blagostanja životinja – čl. 13, FU;
- Princip opšteg ekonomskog interesa – čl. 14, FU;¹²⁰
- Princip transparentnosti i javnosti rada institucija/administracije EU – čl. 15, FU;¹²¹

¹¹⁷ Ex čl. 3(2), EZ.

¹¹⁸ Ex čl. 6, EZ.

¹¹⁹ Ex čl. 153(2), EZ.

¹²⁰ Ex čl. 16, EZ.

- Princip zaštite ličnih podataka – čl. 16, FU;¹²² i
- Princip poštivanja položaja crkve i religijskih i ostalih udruženja i organizacija, u skladu sa pravom država članica – čl. 17, FU.

Još jednom, ovdje je riječ o principima koji su izvedeni iz odredbi Naslova II Ugovora o funkcionisanju EU. Dakle, radi se o članovima 7 do 17 koji su relevantni za operacionalizaciju *bilo koje* zajedničke politike i aktivnosti Unije kao cjeline.

9. Fleksibilnost – pojačana saradnja

Lisabonski ugovor dodatno razrađuje princip fleksibilnosti, kao jedan od rukovodnih principa ustavnog ustrojstva Evropske unije.

Inače, princip fleksibilnosti podrazumjeva mogućnost da sve države članice istovremeno i u potpunosti ne učestvuju u zajedničkoj politici ili saradnji u određenoj oblasti – uključujući i kontrolu granica, azil i imigraciju, saradnju policije, kao i saradnju pravosuđa u građanskim i krivičnim stvarima. Ili, definisana u pozitivnom smislu, pojačana saradnja podrazumijeva mogućnost da (samo) grupa država članica uspostave dublju ili širu saradnju u određenoj oblasti.

Ostajući kod generalnih napomena, uvodno treba podsjetiti da mehanizam pojačane saradnje, po prvi put *formalno* statuiran Amsterdamskim ugovorom ("bliža saradnja"), do sada nije korišten.¹²³

U restrukturiranim Osnivačkim ugovorima generalne odredbe o mehanizmu pojačane saradnje date su u Naslovu IV Ugovora o EU, odnosno u čl. 20, a razrada mehanizma u članovima 326-334 Ugovora o funkcionisanju EU,¹²⁴ u

¹²¹ Ex čl. 255, EZ.

¹²² Ex čl. 286, EZ.

¹²³ Ta mogućnost nagovještena je u oblasti porodičnog prava, tačnije u vezi sa razvodom braka državljana različitih država članica (inicijatori: Austrija, Francuska, Grčka, Italija, Luksemburg, Mađarska, Rumunija, Slovenija i Španija). Ovim povodom, uz ostale, Rodin/Goldner Lang, 2009, str. 7. Sa druge strane, nedavno je i formalno podržana ova inicijativa (25 država članica) u oblasti patentnog prava - "Evropski patent", odnosno "Patent EU".

¹²⁴ Svojevremeni članovi 27a-27e, 40-40b i 43-45, EU, te čl. 11 i 11a, EZ.

okviru Naslova III "Pojačana saradnja". Podrazumjevajući detalje svojevremenog rješenja,¹²⁵ ovim povodom treba konstatovati sljedeće.

Prvo, sada je *izričito* rečeno da je mehanizam pojačane saradnje u okviru Unije moguće koristiti *samo* u oblastima koje su izvan njene isključive nadležnosti - čl. 20, EU.

Drugo, podrazumijevajući određene vidove intenzivnije saradnje u toj oblasti, o čemu će još biti govora, mehanizam pojačane saradnje je *isključen* u oblasti inostrane i bezbjednosne politike - čl. 329(1), FU.

I treće, u vezi uslova za uspostavljanje bliže saradnje, novo rješenje statuiru učesće najmanje *devet*, a ne kao do sada osam država - čl. 20(2), EU.

Završne napomene

Evropska doktrina će Lisabonski ugovor analizirati na različite načine i iz različitih aspekata.

Lista inovacija koje su stigle posredstvom Lisabonskog ugovora, a o njima je prvenstveno bila riječ u ovom prilogu, je impresivna, no mjera u kojoj će one i kako biti provedene u život, je stvar budućnosti. Drugačije kazano, konačni kriterijum uspješnosti rješenja koja ovaj ugovor sadrži, kao i inače, biće praksa.

U ovom trenutku, a to znači manje od tri godine od stupanja na snagu Lisabonskog ugovora, stvarne domete ovog akta teško je procjeniti. Ovo posebno ako se imaju u vidu dva momenta. Prvi je aktuelna duboka finansijska, tačnije društveno-ekonomska, kriza kroz koju prolazi i Evropska unija. Drugi momenat je, opet, nedavno radikalno proširenje Evropske unije, koje je - uz sve drugo - naglašeno ideološki, a utoliko i političko-strateški intonirano.

O posljedicama pomenuta dva elementa na budućnost Evropske unije moguće je samo nagađati. Time se, međutim, ovaj tekst nije bavio, niti se želi baviti u zaključnim razmatranjima. Jedino što tim povodom treba konstatovati jeste nada da će u novonastalim političkim, ekonomskim i socijalnim okolnostima Evropska unija, a utoliko i Lisabonski ugovor kao njen utemeljujući akt, dodatno podcrtati socijalnu dimenziju integracije.

¹²⁵ Uz ostale, N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, 3. izd., Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008, str. 254 ff.

Jednostavno, Evropska unija teško da ima budućnost u mjeri u kojoj je puki projekt nacionalnih finansijskih i političkih elita.

Nevenko Misita*

Summary

Lisbon Treaty - Content and Revision of the Constitutional Framework

This article aims at presenting key elements of the content of the Treaty on the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union after the amendments that were introduced in the Lisbon Treaty of 2009. The presentation of this subject matter is preceded by a brief comment on the failed attempt to adopt the so-called European Constitution at the beginning of the century, and an overview of political backdrop against which the development and adoption of the Lisbon Treaty occurred - i.e. the "Mandate" and the ratification process. The presentation of the structure and content of the amended Treaty on the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union is then followed by a more detailed presentation of elements of the European Union's constitutional framework, such as its goals, its legal personality, founding values, fundamental rights, solidarity, as well as the democratic dimension of the Union.

Key words: European Constitution, Lisbon Treaty, founding values, fundamental rights, democratic legitimacy.

* Professor at Faculty of Law in Sarajevo.

PROBLEM LAŽNIH SUPSTITUTA KOD DEFINISANJA RELEVANTNOG TRŽIŠTA U PRAVU KONKURENCIJE

Apstrakt

Definisanje relevantnog tržišta je neretko jedno od važnijih pitanja koja se postavljaju u pravu konkurencije. To pitanje se može pojaviti u sve tri glavne oblasti prava konkurencije – zabrani restriktivnih sporazuma i praksi, zabrani zloupotrebe dominantnog položaja na tržištu i kontroli koncentracija na tržištu. U komunitarnom pravu konkurencije najčešće će glavni zaključci u pogledu određivanja granica relevantnog tržišta biti zasnovani na analizi potražnje kroz tzv. test hipotetičkog monopoliste. Međutim, u određenim slučajevima primena ovog testa može biti neadekvatna zbog toga što je preovlađujuća cena na tržištu već podignuta iznad konkurentnog nivoa (najčešće u slučajevima kada na tržištu postoji preduzeće sa značajnom tržišnom moći). U takvim situacijama test hipotetičkog monopoliste može dati pogrešnu sliku o granicama relevantnog tržišta kroz indikovanje prividno visoke zamenljivosti (tj. uzajamne elastičnosti potražnje) posmatranog proizvoda sa proizvodima kojima bi se okrenuli kupci usled malog ali značajnog i trajnijeg povećanja cena (tzv. lažni supstituti). Praktično ovo može rezultovati uključivanjem tzv. lažnih supstituta u relevantno tržište i time njegovim proširivanjem što će generalno umanjivati izgleda za utvrđivanje postojanja dominantnog položaja na takvom tržištu. U ovom radu autor daje kratku analizu

* Autor je advokat u Beogradu, partner u ortačkom advokatskom društvu Karanović & Nikolić.

problema lažnih supstituta kod definisanja relevantnog tržišta u pravu konkurencije, kao i potencijalnih načina na koji se može pristupiti ovom problemu u praksi.

Ključne reči: Pravo konkurencije Evropske unije. - Relevantno tržište. - Analiza potražnje. - Celofanska greška. - Lažni supstituti.

Uvod

Jedno od složenijih pitanja u pravu konkurencije jeste pitanje definisanja granica relevantnog tržišta. Najčešće granice relevantnog tržišta se definišu preko tzv. testa hipotetičkog monopoliste. Međutim, primena ovog testa može biti neadekvatna onda kada se radi o tržištu na kojem je konkurencija već narušena zbog postojanja preduzeća sa značajnom tržišnom moći. U tom slučaju primena testa hipotetičkog monopoliste može biti neprimerena zbog činjenice da je preovlađujuća cena određenog proizvoda već podignuta iznad konkurentnog nivoa, tako da usled te činjenice ovaj test može indikovati prividno visoku zamenljivost (tj. uzajamnu elastičnost potražnje) posmatranog proizvoda sa proizvodima kojima su se okrenuli kupci usled malog ali značajnog i trajnijeg povećanja cena (tzv. lažni supstituti). Paradoksalno, ovo može voditi široj definiciji relevantnog tržišta i time generalno manjim izgledima za utvrđivanje postojanja dominantnog položaja na tržištu.

Predmet ovog rada je problem tzv. lažnih supstituta kod definisanja relevantnog tržišta u pravu konkurencije. U tom kontekstu u ovom radu autor ispituje: 1. značaj relevantnog tržišta u pravu konkurencije, 2. cilj definisanja relevantnog tržišta u pravu konkurencije, 3. metode analize supstitucije potražnje, 4. postupak analize supstitucije potražnje kroz tzv. test hipotetičkog monopoliste, 5. problem lažnih supstituta, i 6. potencijalne pristupe ovom problemu.

Ovaj rad je primarno napisan sa aspekta prava konkurencije Evropske unije. Međutim, na pojedinim mestima autor je pravio i reference na antimonopolsko pravo SAD, kako bi prikazao poreklo pojedinih rešenja u komunitarnom pravu konkurencije ili kako bi ukazao na interesantne i značajne razlike koje postoje između ova dva pravna sistema. Konačno, imajući u vidu da je naše pravo konkurencije gotovo u celosti zasnovano na komunitarnom pravu konkurencije, analiza i zaključci autora u ovom radu mogu svakako biti od značaja i sa aspekta našeg prava.

1. ZNAČAJ RELEVANTNOG TRŽIŠTA U PRAVU KONKURENCIJE

Značaj koji utvrđivanje relevantnog tržišta ima u savremenom pravu konkurencije može se najbolje ilustrovati okolnostima u kojima je neophodno u pravu konkurencije definisati relevantno tržište. Najpre, to može biti neophodno prilikom primene člana 101. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije¹ ("UFEU"), koji se odnosi na zabranu restriktivnih sporazuma i praksi, kada se ocenjuje da li neki sporazum ima efekat znatnijeg ograničavanja konkurencije na tržištu.² Takođe, prema Saopštenju o sporazumima od manjeg značaja³ horizontalni sporazum – između konkurenata – će se generalno smatrati sporazumom od manjeg značaja i neće potpadati pod domašaj člana 101. UFEU (tzv. "de minimis" doktrina) ukoliko je udeo ugovornih strana na relevantnom tržištu manji od 10%. Vertikalni sporazum – između preduzeća koja posluju na tržištima različitih nivoa – će se generalno smatrati sporazumom od manjeg značaja i neće potpadati pod domašaj člana 101. UFEU ukoliko je udeo ugovornih strana na relevantnom tržištu manji od 15%.⁴ Naravno, utvrđivanje udela na relevantnom tržištu pretpostavlja prethodno definisanje tog tržišta. Pored navedenog, potreba za definisanjem relevantnog tržišta može se pojaviti i u drugim slučajevima povezanim sa primenom člana 101. UFEU.⁵

Takođe, primena Uredbe o kontroli koncentracija⁶ zahteva utvrđivanje relevantnog tržišta pre donošenja odluke o (ne)odobravanju određene

¹ The Treaty on the Functioning of the European Union, OJ 2010 C 83/47, 30.3.2010.

² Za primer videti presudu Evropskog suda pravde u slučaju br. S-234/89 *Delimitis v Henninger Braeu*, paragraf 16.

³ European Commission's Notice on Agreements of Minor Importance, OJ 2001 S 368/13, 2002 4 CMLR 699, paragraf 7.

⁴ *Ibid.*

⁵ Za primer videti pragove udela na tržištu predviđene u Saopštenju Komisije o primeni člana 81(1) na horizontalne ugovore o saradnji (European Commission's Guidelines on application of Article 81(1) to horizontal cooperation agreements, OJ 2001/C 3/02); Takođe, slični pragovi tržišnih udela predviđeni su u brojnim grupnim izuzećima (eng. *block exemptions*) po članu 101(3) UFEU. Za primere videti: Uredbu 2790/99 o vertikalnim sporazumima (Regulation 2790/99 on vertical agreements, OJ 1999 L 336), Uredbu 2658/2000 o sporazumima o specijalizaciji (Regulation 2658/2000 on specialization agreements, OJ 2000 L 304/3), Uredbu 2659/2000 o sporazumima o istraživanju i razvoju (Regulation 2659/2000 on research and development agreements, OJ 2000 L 304/7).

⁶ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), OJ L 24/1, 29. 1. 2004.

koncentracije. Prema ovoj Uredbi koncentracija koja bi mogla "značajnije da ograniči efektivnu konkurenciju na zajedničkom tržištu ili na njegovom značajnom delu, naročito usled stvaranja ili jačanja dominantnog položaja na tržištu" se smatra nespojivom sa zajedničkim tržištem.⁷ Stoga, u svakom pojedinačnom slučaju neophodno je utvrditi relevantno tržište kako bi se ustanovilo da li bi prijavljena koncentracija mogla da dovede do stvaranja ili jačanja dominantnog položaja na relevantnim tržištima ili da na drugi način značajnije ograniči efektivnu konkurenciju na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom delu.

Konačno, prema preovlađujućem shvatanju u pravnoj teoriji i praksi definisanje relevantnog tržišta je i preduslov za utvrđivanje zloupotrebe dominantnog položaja (regulisane u članu 102. UFEU). U osnovi, utvrđivanje zloupotrebe dominantnog položaja je uslovljeno pozitivnim odgovorom na dva pitanja. Prvo, da li posmatrano preduzeće ima dominantan položaj na relevantnom tržištu. Drugo, da li je ono takav položaj zloupotrebilo. Prema preovlađujućoj praksi Evropske Komisije ("*Komisija*") i komunitarnih sudova, odgovor na prvo pitanje pretpostavlja da je prethodno utvrđeno relevantno tržište u konkretnom slučaju. Ovakvo shvatanje lepo ilustruje jedan navod iz presude u slučaju *Volkswagen AG v. Commission*,⁸ koji ujedno objašnjava i razliku u potrebi definisanja relevantnog tržišta u postupcima po članovima 101. i 102. UFEU:

"U pogledu obaveze Komisije da definiše relevantno tržište pre nego što utvrdi povredu komunitarnih propisa o zaštiti konkurencije sud ukazuje da se pristup u definisanju relevantnog tržišta razlikuje u zavisnosti od toga da li treba primeniti član [101. ili član 102. UFEU]. Za potrebe člana [102. UFEU] pravilno definisanje relevantnog tržišta je neophodni preduslov za presudu povodom navodnog nekonkurentnog ponašanja, sa obzirom da je pre nego što se utvrdi zloupotreba dominantnog položaja potrebno ustanoviti postojanje dominantnog položaja na određenom tržištu, što pretpostavlja da je takvo tržište već definisano. S druge strane, za potrebe primene člana [101. UFEU] razlog za utvrđivanje relevantnog tržišta, ako je to uopšte potrebno, jeste da se ustanovi da li je određeni sporazum, odluka udruženja preduzeća ili usaglašena restriktivna praksa

⁷ Uredba o kontroli koncentracija, čl. 2 st. 3.

⁸ Presuda Prvostepenog suda u slučaju br. T-62/98 *Volkswagen AG v. Commission*. U postupku po žalbi pred Evropskim sudom pravde ovo pitanje nije bilo predmet posebnog razmatranja. Videti slučaj br. S-338/00 *Volkswagen AG v. Commission*.

podesna da utiče na trgovinu između država članica i ima li kao svoj cilj ili posledicu sprečavanje, ograničavanje ili poremećaj konkurencije na zajedničkom tržištu.⁹

Interesantno je napomenuti da ovakvo shvatanje preovlađuje i u antimonopolskom pravu SAD, gde prema praksi Vrhovnog suda SAD utvrđivanje postojanja monopolizacije tržišta (ili njenog pokušaja) pretpostavlja definisanje relevantnog tržišta (u proizvodnoj i geografskoj dimenziji) i utvrđivanja tržišne moći određenog preduzeća na tom tržištu, jer bez definisanja relevantnog tržišta ne postoji način da se utvrdi sposobnost određenog preduzeća da ograniči ili uništi konkurenciju na tržištu.¹⁰

Na praktičnom nivou, širina utvrđenog relevantnog tržišta može igrati presudnu ulogu u ishodu postupka pokrenutog povodom navodne povrede propisa o zaštiti konkurencije. Tako u postupcima zbog zloupotrebe dominantnog položaja preduzeća često vide definisanje relevantnog tržišta kao prvu liniju odbrane od optužbi da su zloupotrebili dominantan položaj. Što šire relevantno tržište bude definisano, manje su šanse da posmatrano preduzeće ima dominantan položaj na njemu. I obrnuto, uže relevantno tržište povećava šanse za postojanje dominacije posmatranog preduzeća.¹¹ Ipak, to ne znači da će stranke u postupcima po propisima o zaštiti konkurencije uvek želeći što je širu moguću definiciju relevantnog tržišta. U postupcima povodom koncentracija široka definicija relevantnog tržišta bi lako mogla značiti da postoji horizontalno preklapanje između tržišta na kome posluju zainteresovana preduzeća, sa posledicom da bi sprovođenje koncentracije moglo voditi stvaranju ili jačanju njihovog dominantnog položaja na tom zajedničkom tržištu. Stoga, za razliku od slučajeva kada se preduzećima stavlja na teret zloupotreba dominantnog položaja, u postupcima povodom koncentracija za očekivati je da preduzeća po pravilu preferiraju užu definiciju tržišta, koja bi otklonila pomenuti rizik.¹²

⁹ *Ibid.*, paragraf 230.

¹⁰ Vidi presude u slučajevima: *Spectrum Sports Inc. v. McQuillan*, 506 US 447, 459 (1993); *United States v. Grinnell Corporation*, 384 US 563, 571 (1966); *Walker Process Equipment Inc. v. Food Machinery and Chemical Corporation*, 382. US 172, 177 (1965).

¹¹ Vidi Whish, *Competition Law*, London, Butterworths, 2003, str. 29.

¹² *Ibid.*

2. CILJ DEFINISANJA RELEVANTNOG TRŽIŠTA

Cilj definisanja i utvrđivanja relevantnog tržišta lepo je objašnjen u paragrafu 2. Komisijnog Saopštenja o relevantnom tržištu¹³:

"Definisanje tržišta je sredstvo za identifikovanje i utvrđivanje granica konkurencije između preduzeća. Ono služi da ustanovi okvir u kome Komisija primenjuje politiku zaštite konkurencije. Glavni cilj definisanja tržišta je da se identifikuju na sistematski način obuzdavajući efekti konkurencije kojima je određeno preduzeće izloženo. Cilj utvrđivanja tržišta u njegovoj proizvodnoj i geografskoj dimenziji jeste da se identifikuju stvarni konkurenti preduzeća koji su u stanju da obuzdaju njegovo ponašanje na tržištu i da ga spreče da se ponaša nezavisno od efektivnih pritisaka konkurencije."

Iz ovog pasusa proizilazi nekoliko važnih stvari koje objašnjavaju značaj utvrđivanja relevantnog tržišta u pravu konkurencije. Prvo, utvrđivanje relevantnog tržišta omogućava definisanje arene u kojoj se odvija tržišna utakmica i u kojoj Komisija treba da obezbedi poštovanje propisa o zaštiti konkurencije. Drugo, definisanje relevantnog tržišta nije cilj samo po sebi. Kao što Saopštenje navodi, relevantno tržište je samo *sredstvo* koje treba da omogući ostvarivanje krajnjeg cilja – efikasnu primenu politike zaštite konkurencije. Treće, Saopštenje jasno definiše cilj utvrđivanja relevantnog tržišta u pravu konkurencije, koje razlikuje ovo tržište od drugih vrsta tržišta (npr. ekonomskog i strateškog tržišta) – sistematsko utvrđivanje obuzdavajućih efekata konkurencije kojima je određeno preduzeće izloženo na tržištu. Četvrto, Saopštenje nedvosmisleno ukazuje da postoje dve najvažnije dimenzije relevantnog tržišta – proizvodna i geografska – i da se obe moraju istražiti prilikom definisanja relevantnog tržišta u svakom pojedinačnom slučaju. Peto, iz citiranog navoda jasno proizilazi da je cilj utvrđivanja relevantnog tržišta da se identifikuju *stvarni konkurenti* preduzeća koji su u stanju da obuzdaju njegovo ponašanje na tržištu i da ga spreče da se ponaša nezavisno od efektivnih pritisaka konkurencije. Dakle, bitni su stvarni, tj. aktuelni konkurenti preduzeća dok potencijalna konkurencija, koja svakako može uticati na tržišnu moć određenog preduzeća, nije element koji se uzima u obzir prilikom definisanja relevantnog tržišta.¹⁴ I konačno,

¹³ Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ 97/C 372/03, 9.12.1997.

¹⁴ Potencijalna konkurencija može biti od značajnog uticaja u kasnijoj fazi postupka prilikom ocene tržišne moći određenog preduzeća. Vidi Whish, *op. cit.*, str. 26.

relevantno tržište nam pruža okvir u kome možemo utvrditi udeo koji na tržištu zauzima određeno preduzeće.

U postupku utvrđivanja relevantnog tržišta postoje dva pitanja koja su od suštinske važnosti. Prvo, u kojoj meri je kupac posmatranog proizvoda (bilo da je u pitanju krajnji potrošač, uvoznik, trgovac ili preduzeće koje posluje na nizvodnom tržištu) u stanju da nabavi slične proizvode, odnosno proizvode koji bi mu bili prihvatljivi kao supstituti posmatranog proizvoda? Ovo je u teoriji poznato kao *supstitucija potražnje*.¹⁵ Drugo, u kojoj meri su druga preduzeća na tom ili susednim tržištima u stanju da proizvode i snabdevaju tržište sa proizvodima koji su u očima kupaca dobri supstituti posmatranog proizvoda. Ovo se u teoriji naziva *supstitucija ponude*.¹⁶ Pored toga, ponekad može biti potrebno utvrditi i značaj tzv. potencijalne konkurencije, koja bi pod određenim uslovima mogla da se realizuje na tržištu.

Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu izričito navodi supstituciju potražnje, supstituciju ponude i potencijalnu konkurenciju kao tri glavna obuzdavajuća efekta konkurencije (*competitive constraints*) na tržištu.¹⁷ Naravno, sa praktičnog aspekta nisu sva tri obuzdavajuća efekta konkurencije od istog značaja prilikom definisanja relevantnog tržišta. Supstitucija potražnje nameće najneposrednije i najefikasnije disciplinujuće efekte na prodavce određenog proizvoda, naročito kada je u pitanju određivanje cena. Po logici stvari, preduzeće ne može imati odlučujući uticaj na uslove trgovine na tržištu, poput utvrđivanja cena, ako su kupci njegovih proizvoda u poziciji da se lako okrenu drugim proizvodima na tržištu koji su dobri supstituti tom proizvodu (ili pak drugim prodavcima tog ili sličnog proizvoda koji se nalaze u drugim područjima).¹⁸ Sa druge strane, obuzdavajući efekti konkurencije koji proizilaze iz supstitucije ponude i potencijalne konkurencije su manje direktni i po pravilu zahtevaju analizu i dodatnih činjenica. Stoga, ovi efekti se češće uzimaju u obzir tek u kasnijoj fazi analize kada se utvrđuje tržišna moć posmatranog preduzeća, tj. njegova

¹⁵ Steiner & Woods, *Textbook on EC Law*, Oxford University Press, 2003, str. 438.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Vidi Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu, paragraf 13.

¹⁸ *Ibid.*

potencijalna dominacija na tržištu. Izuzetno, supstitucija ponude se katkad može uzeti u obzir i prilikom utvrđivanja relevantnog tržišta.¹⁹

3. METODI ANALIZE SUPSTITUCIJE POTRAŽNJE

Sa aspekta mikroekonomske analize, mera u kojoj je jedno preduzeće u stanju da iskoristi svoju tržišnu moć radi maksimiziranja profita zavisi od elastičnosti potražnje sa kojom je ono suočeno. Ukoliko je kriva potražnje relativno neelastična - odnosno ako su kupci tog proizvoda spremni da ga kupuju i po većoj ceni od konkurentne usled nedostataka odgovarajućih supstituta na tržištu - preduzeće može sebi priuštiti da poveća cene bez da izgubi značajniji broj prodaja. Tada bi ono ostvarilo veće prihode - usled povećanja cena - dok se ne bi izložilo značajnijim gubicima usled gubitka prodaja. Sa druge strane, ukoliko je kriva potražnje elastična - tj. ako kupci imaju mogućnost izbora dobrih supstituta kojima se mogu lako okrenuti u slučaju povećanja cena proizvoda - preduzeće bi se povećanjem cena izložilo znatnijem gubitku prodaja svog proizvoda. Tada bi izgubljena dobit usled smanjenog broja prodaja nadmašila uvećane prihode usled povećanja cena, budući da bi u tom slučaju svako povećanje cena uzrokovalo značajan gubitak prodaja.²⁰ Naravno, ista logika bi se primenjivala i kada bi preduzeće pokušalo da na neki drugi način (zlo)upotrebi svoju tržišnu moć radi uvećanja profita (npr. ograničavanje proizvodnje koje bi trebalo da vodi povećanju cena usled uticaja na odnos ponude i potražnje na tržištu, ili uštede u troškovima proizvodnje koje bi se negativno odrazile na kvalitet ili bezbednost proizvoda, itd). U tom smislu analiza potražnje predstavlja

¹⁹ Vidi Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu, paragrafi 20-3. Ovde je interesantno napomenuti jednu značajnu razliku između američkog antimonopolskog prava i komunitarnog prava konkurencije. U američkom pravu se prilikom definisanja relevantnog tržišta uzima u obzir samo tzv. supstitucija potražnje, dok se supstitucija ponude i potencijalna konkurencija uzimaju u obzir samo prilikom ocene tržišne moći određenog preduzeća. Sa druge strane, u komunitarnom pravu konkurencije i praksi komunitarnih sudova se ponekad i supstitucija ponude može uzeti u obzir prilikom utvrđivanja relevantnog tržišta. Vidi Werden, *Market Delineation under the Merger Guidelines: A Tenth Anniversary Retrospective*, 38 *Antitrust Bulletin* 517 (1993), str. 524-7. Takođe vidi Whish, *op. cit.*, str. 32. Za primer prakse komunitarnih sudova gde se uzima u obzir supstitucija ponude prilikom definisanja relevantnog tržišta videti presudu Evropskog suda pravde u slučaju *Continental Can v. Commission*, poslednja rečenica u paragrafu 33.

²⁰ Vidi Nevo-Ilan, *Definition of Relevant Market: (lack of) Harmony between Industrial Economics and Competition Law*, str. 121. Vidi takođe Baker & Bresnahan, *Empirical Methods of Identifying and Measuring Market Power*, 61 *Antitrust Law Journal* 3, 10 (1992).

veoma važno sredstvo u ispitivanju granica određenog tržišta za potrebe prava konkurencije jer ona omogućava da se kroz analizu elastičnosti potražnje izoluje relevantno tržište koje bi bilo vredno monopolisanja – tj. na kome bi hipotetički monopolista mogao sebi da priušti da poveća cene svog proizvoda bez da izgubi značajniji broj prodaja.

Ispitivanje supstitucije potražnje služi upravo ovom cilju: utvrđivanju kruga proizvoda koje kupci vide kao dobre međusobne supstitute.²¹ U teoriji se ističe da supstitucija potražnje nameće najneposrednije i najefikasnije disciplinujuće efekte na prodavce određenog proizvoda, naročito kada je u pitanju određivanje cena jer preduzeće ne može imati odlučujući uticaj na uslove trgovine na tržištu, poput utvrđivanja cena, ako su kupci njegovih proizvoda u poziciji da se lako okrenu drugim proizvodima na tržištu koji su dobri supstituti tom proizvodu.²² Tako, na primer, proizvođač žvakaćih guma marke A ne bi mogao profitabilno da poveća cenu svog proizvoda ukoliko na tržištu postoje i žvakaće gume marke B koje potrošači žvakaćih guma vide kao dobar supstitut žvakaćim gumama marke A. Svako osetnije povećanje cena žvakaćih guma marke A bi očekivano vodilo tome da se potrošači okrenu žvakaćim gumama marke B, naravno pod uslovom da njihova cena ostane nepromenjena. U rezultatu bi vrednost izgubljenih prodaja žvakaćih guma marke A bila veća od povećanih prihoda usled rasta njihove cene, i tako bi povećanje cena bilo neprofitabilno usled postojanja efektivne konkurencije na tržištu. Međutim, ako bi preduzeće iz ovog primera istovremeno kontrolisalo proizvodnju obe vrste žvakaćih guma, onda bi ono – pod uslovom da na tržištu ne postoji žvakaća guma marke V koju bi proizvodilo neko drugo preduzeće – bilo u stanju da profitabilno poveća cene svojih proizvoda s obzirom da potrošači žvakaćih guma ne bi imali odgovarajuće zamene, tj. supstitute na tržištu kojima bi se mogli okrenuti usled povećanja cena.²³ Tada bi tržište žvakaćih guma marke A i B

²¹ Vidi Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu, paragraf 15.

²² Whish, *op. cit.*, str. 29. Takođe vidi Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu, paragraf 13.

²³ Ovakav primer se zasniva na premisi da je u pitanju "razumno" povećanje cena, kako je to naveo Vrhovni sud SAD u presudi u slučaju *Times-Picayune*. Videti presudu Vrhovnog suda SAD u slučaju *Times-Picayune v. United States*, 345 US 594 (1953). Nasuprot tome, "nerazumno" povećanje cena bi moglo uzrokovati da se potrošači okrenu neadekvatnim supstitutima koji zapravo ne predstavljaju dobru alternativu posmatranim proizvodima. U navedenom primeru takvo "nerazumno" povećanje cena bi moglo voditi tome da se potrošači žvakaćih guma okrenu bombonama, čokoladicama, pa možda čak i cigaretama.

bilo relevantno tržište za potrebe prava konkurencije koje bi bilo vredno monopolisanja.²⁴

4. POSTUPAK ANALIZE SUPSTITUCIJE POTRAŽNJE: "TEST PRETPOSTAVLJENOG MONOPOLISTE"

Postupak utvrđivanja relevantnog tržišta proizvoda započinje sa analizom supstitucije na strani potražnje. Tržište do koga se dođe kroz ovaj postupak može se potom dodatno proširiti kroz postupak analize supstitucije na strani ponude, naravno pod uslovom da postoje okolnosti koje bi opravdale takvo postupanje. Cilj postupka analize supstitucije potražnje jeste da se utvrdi krug proizvoda koje potrošači smatraju međusobno zamenljivim (tj. međusobnim supstitutima) i koji bi usled te okolnosti predstavljali zasebno tržište proizvoda za potrebe prava konkurencije.²⁵ U skladu sa tim ciljem, centralni problem koji se javlja kod analize supstitucije potražnje jeste kako da se identifikuje takav krug proizvoda, tj. kako da se izoluju efekti zamenljivosti koji se mogu javljati između dva ili više proizvoda. Okvir za ovakvu analizu pruža Komisijino Saopštenje o relevantnom tržištu, koje u središte analize postavlja tzv. *test pretpostavljenog monopoliste* (*hypothetical monopolist test*) koji se u teoriji još označava i kao SSNIP test (*Small but Significant Non-transitory Increase in Price*), odnosno *test malog ali značajnog i trajnijeg povećanja cene*.²⁶ Ovaj test je razvijen i prvi put zakonski regulisan u antimonopolskom pravu SAD, gde i danas služi kao osnovni metod za definisanje relevantnog tržišta u postupcima za ocenu potencijalnih restriktivnih efekata horizontalnih koncentracija.²⁷ U našem pravu ovaj test je bio izričito predviđen u ranije važećoj Uredbi o kriterijumima za utvrđivanje relevantnog tržišta²⁸, ali nije više (izričito) predviđen u istoimenoj uredbi koja

²⁴ Ova linija rezonovanja je u suštini osnova za tzv. *test hipotetičkog monopoliste*, koji služi kao jedan od osnovnih instrumenata za definisanje relevantnog tržišta u pravu konkurencije.

²⁵ Vidi Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu, paragraf 15.

²⁶ *Ibid.*, paragrafi 16-7. Takođe vidi Whish, *op. cit.*, str. 30.

²⁷ Vidi paragraf 1.1 američkih Smernica za horizontalne koncentracije (*Horizontal Merger Guidelines*), izdate 1992. godine sa izmenama iz 1997. godine. Dostupno na internet adresi http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html.

²⁸ Službeni glasnik Republike Srbije br. 94/2005. Videti članove 2. i 3. ove Uredbe, koja je prestala da važi 10. novembra 2009. godine kada je nova Uredba o kriterijumima za utvrđivanje relevantnog tržišta (Sl. gl. RS br. 89/2009) počela da se primenjuje.

je trenutno na snazi.²⁹ Međutim, u komunitarnom pravu konkurencije, ovaj test se primenjuje ne samo za potrebe ocene koncentracija već i na druga dva oblika restriktivnih ponašanja - restriktivne sporazume i prakse, odnosno zloupotrebu dominantnog položaja na tržištu. U osnovi testa hipotetičkog monopoliste nalazi se pitanje da li bi se kupci, u slučaju kada bi prodavac određenog proizvoda učinio malo ali značajno i trajnije povećanje cena tog proizvoda, okrenuli kupovini drugog proizvoda u toj meri da takvo povećanje cena učine neprofitabilnim? Ako bi odgovor na to pitanje bio pozitivan onda bi ta dva proizvoda predstavljala zamenljive proizvode i pripadali bi istom tržištu proizvoda za potrebe prava konkurencije. U Smernicama za horizontalne koncentracije SAD ovo je izraženo na sledeći način:

"... Agencija će utvrditi tržište proizvoda kao proizvod ili grupu proizvoda, tako da bi hipotetičko preduzeće koje teži maksimiziranju profita i koje je jedini sadašnji i budući prodavac tih proizvoda ("monopolista") verovatno učinio malo ali značajno i trajnije povećanje cene. Pretpostavljajući da bi kupci verovatno reagovali na povećanje cena te grupe proizvoda okretanjem drugim proizvodima, šta bi se dogodilo? Ako su alternative u zbiru dovoljno privlačne kupcima pod tekućim uslovima prodaje, pokušaj podizanja cena bi rezultirao smanjenjem broja prodaja koje bi učinilo povećanje cena neprofitabilnim, a utvrđena grupa proizvoda bi se pokazala kao isuviše uska."³⁰

Slično citiranom paragrafu iz američkih Smernica za horizontalne koncentracije, Komisijino Saopštenje o relevantnom tržištu predviđa da se postupak utvrđivanja relevantnog tržišta sprovodi u dva odvojena, ali ipak povezana koraka. U prvom koraku, Komisija na osnovu preliminarnih informacija koje su joj na raspolaganju ili koje je dostavilo zainteresovano preduzeće formuliše jedno široko potencijalno relevantno tržište, u okviru koga treba ispitati koncentraciju ili drugo ograničenje konkurencije. U ovoj fazi postupka Komisija zapravo, imajući u vidu karakteristike proizvoda i njegovu namenu, sužava polje svoje istrage ograničavajući se na jedan određeni broj supstituta posmatranog proizvoda, čija će uzajamna elastičnost sa posmatranim proizvodom biti testirana u drugom koraku kroz primenu

²⁹ Vidi Uredbu o kriterijumima za utvrđivanje relevantnog tržišta, Sl. gl. Republike Srbije br. 89/2009.

³⁰ Paragraf 1.11 američkih Smernica za horizontalne koncentracije.

testa hipotetičkog monopoliste.³¹ Pritom, Saopštenje izričito navodi da iako karakteristike proizvoda i njegova namena mogu da pruže okvirnu predstavu u pogledu njegovih potencijalnih supstituta, oni nisu dovoljni da sami po sebi dokažu zamenljivost dva proizvoda.³² Ovo iz razloga što reagovanje kupaca na promene u ceni određenog proizvoda može biti uslovljeno i drugim faktorima. Tako, na primer, kada su u pitanju rezervni delovi za automobile – recimo volan ili menjač – iako su najčešće veoma slični po svojim fizičkim karakteristikama i identični po nameni bez obzira na njihovog proizvođača, teško da se može uzeti da su svi volani ili menjači na istom tržištu, jer je njihova upotreba uslovljena kompatibilnošću sa glavnim proizvodom (tj. automobilom) kojem služe.³³

Nakon što je identifikovan inicijalni krug potencijalnih supstituta posmatranog proizvoda na osnovu fizičkih karakteristika proizvoda i njihove namene, prelazi se u drugu fazu postupka utvrđivanja relevantnog tržišta proizvoda. U ovoj fazi ispituje se uzajamna elastičnost potražnje posmatranog proizvoda sa identifikovanim potencijalnim supstitutima kroz primenu tzv. testa hipotetičkog monopoliste. U suštini ovog testa je ispitivanje kako bi kupci posmatranog proizvoda reagovali na malo ali značajno i trajnije povećanje njegove cene. Da li bi oni uprkos takvom povećanju cene ostali verni kupovini tog proizvoda ili bi se okrenuli njegovim supstitutima na tržištu? Drugim rečima, predmet ispitivanja je intenzitet supstitucije

³¹ Videti Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu, paragrafi 26 i 36.

³² Ovo je posebno interesantno s obzirom da u praksi Evropskog suda pravde postoje presude u kojima se nalaz o (ne)zamenljivosti proizvoda značajno zasnivao na fizičkim karakteristikama proizvoda i njegovoj nameni. To je bilo, na primer, u slučaju *United Brands* u kome je Evropski sud pravde – pravdajući svoj nalaz da banane nisu na istom tržištu proizvoda sa ostalim voćem – između ostalog naveo da banane imaju posebne karakteristike koje ih diferenciraju od drugog voća (izgled, ukus, mekoća, nedostatak semenki, itd.) i koje ih čine samo u ograničenom obimu zamenljivim sa drugim voćem. Vidi presudu Evropskog suda pravde u slučaju br. 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission*, paragraf 31.

³³ Drugim rečima, teško je zamislivo da bi povećanje cene rezervnih menjača za mercedes moglo navesti vozače mercedesa kojima je potreban novi menjač da se okrenu rezervnim menjačima koje proizvodi neki drugi proizvođač, na primer, fiat. Posmatrano sa aspekta obuzdavajućih efekata konkurencije, malo je verovatno da bi rezervni menjači koje proizvode drugi proizvođači automobila (tj. njihovi kooperanti) predstavljali u datom primeru značajnu prepreku mercedesu da poveća cenu svojih rezervnih menjača. Ovakve okolnosti mogu voditi do veoma uskih definicija tržišta rezervnih delova. Za primer vidi presudu Evropskog suda pravde u slučaju br. 22/78 *Hugin Kassaregister AB & Hugin Cash Registers Limited v. Commission*.

potražnje do koje bi došlo usled malog ali značajnog i trajnijeg povećanja cene posmatranog proizvoda.³⁴

U sprovođenju testa pretpostavljenog monopoliste polazi se od posmatranog proizvoda koji predstavlja polazno tržište proizvoda. Potom se u posmatrano tržište dodaju ili se iz njega isključuju dodatni proizvodi, u zavisnosti od toga da li njihova konkurencija dovoljno utiče ili ograničava kretanje cene posmatranog proizvoda u kratkom roku.³⁵ Pitanje na koje ovaj test treba da odgovori jeste da li bi se kupci posmatranog proizvoda okrenuli lako dostupnim supstitutima na tržištu usled hipotetičkog malog (između 5% do 10%) ali trajnog povećanja cene tog proizvoda. Ukoliko bi rezultujuća supstitucija potražnje bila dovoljno intenzivna da učini takvo povećanje cene neprofitabilnim zbog značajnog gubitka prodaja onda bi se ti supstituti uključili u relevantno tržište. Ovakav proces bi se ponavljao sve dok relevantno tržište ne obuhvati sve supstitute koji proizvode dovoljno jaku supstituciju potražnje da učine takvo povećanje cene neprofitabilnim, tako da bi hipotetički monopolista na poslednjem (tj. najširem) tržištu mogao profitabilno da učini malo ali značajno i trajnije povećanje cene proizvoda uključenih na to tržište, jer kupci ne bi više imali odgovarajuće supstitute kojima bi se okrenuli kao alternativni za te proizvode.³⁶ Ovo poslednje tržište na kome bi hipotetički monopolista mogao profitabilno da učini malo ali značajno i trajnije povećanje cene predstavlja tržište koje je vredno monopolisanja i čini relevantno tržište proizvoda za potrebe prava konkurencije.³⁷

³⁴ Vidi Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu, paragraf 15.

³⁵ *Ibid.*, paragraf 16.

³⁶ *Ibid.*, paragraf 17.

³⁷ Pritom, potrebno je imati u vidu da Komisijino Saopštenje o relevantnom tržištu predviđa da se test hipotetičkog monopoliste koristi ne samo prilikom utvrđivanja relevantnog tržišta proizvoda, već i kod utvrđivanja relevantnog geografskog tržišta. Naravno, kod utvrđivanja relevantnog geografskog tržišta određena prilagođavanja testa su potrebna, tako da se kao polazna osnova umesto određenog proizvoda uzima određeno geografsko područje, a test se sastoji u pitanju da li bi se kupci određenog proizvoda okrenuli izvorima snabdevanja u drugim područjima ukoliko bi se u posmatranom području cena proizvoda podigla za 5 do 10 procenata. Opet, ukoliko bi supstitucija potražnje bila dovoljno intenzivna da spreči profitabilnost povećanja cena dodatna geografska područja bi se dodavala u geografsko tržište, sve dok se ne dođe do takvog geografskog tržišta u kome bi hipotetički monopolista mogao da profitabilno podigne cene proizvoda za 5 do 10 procenata. Videti Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu, paragraf 17. Sa druge strane,

Prilikom primene testa pretpostavljenog monopoliste potrebno je imati u vidu da broj potencijalnih supstituta koji će se propustiti kroz ovaj test direktno zavisi od prvog koraka analize, kada se na osnovu fizičkih karakteristika proizvoda i njihove namene pravi preliminarna lista potencijalnih supstituta. U tom smislu su i konačni rezultati, koje će dati test pretpostavljenog monopoliste u pogledu granica relevantnog tržišta, u velikoj meri uslovljeni načinom na koji je prvi korak analize urađen. Naime, ukoliko bi u ovom prvom koraku analize neki potencijalni supstituti bili izostavljeni, oni nikad ne bi ni prošli kroz test pretpostavljenog monopoliste, pa bi time i konačni rezultat analize mogao biti ugrožen. Ovo se može označiti kao "*greška prvog koraka*" i posebno se može pojaviti u onim slučajevima kada su u pitanju proizvodi koji se razlikuju po svojim fizičkim karakteristikama, načinu distribucije i ceni, ali ipak mogu proizvesti značajne obuzdavajuće efekte konkurencije jedni na druge.³⁸ Tada bi već u preliminarnoj fazi ispitivanja, na osnovu fizičkih karakteristika proizvoda i njihove namene, moglo doći do toga da se određeni proizvodi koji mogu imati značajne obuzdavajuće efekte na posmatrani proizvod isključe iz dalje analize.³⁹ Stoga, veoma je važno da se prvoj fazi ispitivanja pristupi na otvoren način, koji bi uvažio činjenicu da i proizvodi koji imaju različite fizičke karakteristike mogu imati obuzdavajuće efekte jedni na druge i tako pripadati istom relevantnom tržištu.

Pored toga, važno je primetiti da kod testa hipotetičkog monopoliste nije svaki intenzitet supstitucije potražnje dovoljan da bi se smatralo da su dva proizvoda na istom relevantnom tržištu. Dva proizvoda će se smatrati da pripadaju istom relevantnom tržištu samo onda kada je intenzitet supstitucije dovoljno jak da povećanje cena učini neprofitabilnim. *A contrario*, postojanje supstitucije potražnje između dva proizvoda koja nije dovoljno jaka da spreči

Komisijino Saopštenje o relevantnom tržištu je u teoriji kritikovano zbog toga što ne predviđa primenu testa hipotetičkog monopoliste kod analize supstitucije ponude, koja takođe može biti važan element prilikom definisanja relevantnog tržišta. Videti Camesasca & Van den Bergh, *Achilles Uncovered: Revisiting the European Commission's 1997 Market Definition*, 47 *Antitrust Bulletin* 143 (2002), str. 159-61. Takođe vidi: Van den Bergh & Camesasca, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, Sweet and Maxwell, 2006, str. 128-9.

³⁸ Vidi Camesasca & Van den Bergh, *Achilles Uncovered: Revisiting the European Commission's 1997 Market Definition*, str. 158-9. Ovi autori daju primer bioskopskih projekcija i DVD filmova. Iako se ovi proizvodi veoma razlikuju po svojim fizičkim karakteristikama, načinu distribucije i ceni, ipak je zamislivo da prodaja ili iznajmljivanje DVD filmova efektivno spreči pokušaj vlasnika bioskopa da povise cenu bioskopskih karata.

³⁹ *Ibid.*

profitabilnost podizanja cena neće biti dovoljna da smesti dva proizvoda u isto relevantno tržište. Kada će intenzitet supstitucije potražnje biti dovoljan da spreči profitabilnost podizanja cena je kompleksno pitanje, koje katkad može zahtevati veoma složene ekonomske analize. U osnovi ovo je pitanje odnosa između povećanih prihoda koje preduzeće ostvaruje od prodaje svojih proizvoda po uvećanoj ceni i eventualnih ušteda u procesu proizvodnje, sa jedne strane, i izgubljene dobiti usled smanjenog broja prodaja zbog povećanja cene, sa druge strane. Ukoliko prvi efekti nadvise druge povećanje cena će biti profitabilno. I obrnuto, ukoliko vrednost izgubljene dobiti prevaziđe uvećane prihode koje preduzeće ostvaruje od prodaje svojih proizvoda po uvećanoj ceni i eventualne uštede u procesu proizvodnje, povećanje cena će biti neprofitabilno i preduzeće će trpeti gubitke zbog povećanja cena.⁴⁰

5. PROBLEM LAŽNIH SUPSTITUTA (TZV. "CELOFANSKA GREŠKA")

Test hipotetičkog monopoliste, odnosno malog ali značajnog i trajnijeg povećanja cena je, kao što je već i pomenuto, razvijen u Sjedinjenim Američkim Državama za potrebe kontrole koncentracija. U američkom antimonopolskom pravu ovaj test se ne primenjuje na definisanje relevantnog tržišta u slučajevima koji se tiču restriktivnih sporazuma i praksi, odnosno zloupotrebe dominantnog položaja (tj. monopolizacije tržišta). Nasuprot tome, u Komisijinom Saopštenju o relevantnom tržištu izričito je predviđeno

⁴⁰ *Ibid.* Sa ovim u vezi, interesantno je primetiti i da u američkoj teoriji postoji shvatanje da "pravilna" primena testa hipotetičkog monopoliste ne podrazumeva ocenu profitabilnosti "malog ali značajnog i trajnijeg" podizanja cena, već odgovor na pitanje da li je najprofitabilnije podizanje cena za hipotetičkog monopolistu jednako ili veće od 5%. Drugim rečima, za zaključak da dva proizvoda nisu na istom relevantnom tržištu nije dovoljno samo da "malo ali značajno i trajnije" povećanje cena (npr. 5 do 10 procenata) bude profitabilno za hipotetičkog monopolistu, već i da je najprofitabilnije podizanje cena za hipotetičkog monopolistu jednako ili veće od 5%. Ilustracije radi, moguće je da najprofitabilnije podizanje cena za hipotetičkog monopolistu bude na nivou od, recimo, 3 %, ali i da povećanje od 5% bude takođe profitabilno za njega u poređenju sa profitom koji je ostvarivao pre hipotetičkog podizanja cena. U takvom slučaju primetno je da određeni proizvod ipak ima znatne obuzdavajuće efekte na cenu posmatranog proizvoda, tj. da utiče na profitabilnost podizanja cena i da ga stoga treba uključiti u relevantno tržište. Vidi Werden, *op. cit.*, str. 537-9. Praktično posmatrano, ovakav pristup bi "podizao lestvicu" za zaključak da dva proizvoda nisu na istom relevantnom tržištu, što bi očekivano vodilo tome da relevantna tržišta budu šire definisana. Kao što je već objašnjeno, preduzeća pod istragom bi po pravilu ovakav ishod priželjkivala kod postupaka povodom zloupotrebe dominantnog položaja, ali ne i u postupcima za kontrolu koncentracija.

da se postupak definisanja relevantnog tržišta predviđen u Saopštenju, uključujući i test hipotetičkog monopoliste, primenjuje na sve slučajeve koji nastanu u vezi sa članovima 101. i 102. UFEU, kao i u vezi sa Uredbom o kontroli koncentracija.⁴¹ Ipak, usled činjenice da je ovaj test nastao prvenstveno u kontekstu i za potrebe ocene koncentracija, u teoriji se opravdano postavlja pitanje podobnosti njegove primene u drugim institutima prava konkurencije, a posebno u slučajevima koji se odnose na zloupotrebu dominantnog položaja.

Zaista, kada je u pitanju primena testa hipotetičkog monopoliste u slučajevima zloupotrebe dominantnog položaja potrebno je postupati sa povećanom pažnjom uzimajući u obzir suštinske razlike koje postoje između analize zloupotrebe dominantnog položaja i ocene koncentracija. Naime, kod ispitivanja koncentracija, sa aspekta zaštite konkurencije glavna briga je da li će koncentracija značajno ograničiti efektivnu konkurenciju na tržištu usled stvaranja ili jačanja dominantnog položaja, i posledično rezultirati povećanjem cena koje u vreme ispitivanja preovlađuju na tržištu. Dakle, kod ispitivanja koncentracija istraga je usmerena u budućnost, u momentu ocene konkurencija na tržištu, po pravilu, nije ugrožena, a ispituje se da li bi usled koncentracije u budućnosti moglo doći do negativnih efekata po konkurenciju na relevantnom tržištu.⁴² Nasuprot tome, u postupcima povodom zloupotrebe dominantnog položaja ispituje se ponašanje koje se dogodilo u bližoj ili daljoj prošlosti. Stoga, ukoliko je predmet istrage zaista dominantno preduzeće koje je svoju tržišnu moć upotrebilo radi maksimiziranja dobiti, sasvim je zamislivo da je cena određenog proizvoda (koji proizvodi, odnosno prodaje to preduzeće) već podignuta iznad konkurentnog nivoa. Ovo bi bilo posledica "ekonomski racionalnog" ponašanja dominantnog preduzeća koje po prirodi stvari teži maksimiziranju svog profita, pa bi u skladu sa tom težnjom i cene svojih proizvoda podiglo na ekonomski optimalan nivo, iznad kojeg dalje povećanje cena za njega ne bi bilo profitabilno.⁴³ Imajući to u vidu, činjenica da se test hipotetičkog monopoliste zasniva na cenama koje preovlađuju na tržištu može predstavljati značajan problem kod primene ovog testa u postupcima zbog zloupotrebe dominantnog položaja. Ovo iz razloga što dominantno preduzeće možda, koristeći svoju tržišnu moć, već naplaćuje cene koje su

⁴¹ Vidi Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu, paragraf 1.

⁴² Vidi Nevo-Ilan, *op. cit.*, str. 84. Takođe videti Uredbu o kontroli koncentracije EU, paragraf 1.

⁴³ Vidi Nevo-Ilan, *op. cit.*, str. 85.

podignute iznad konkurentnog nivoa. Svako dalje povećanje cena, uključujući i ono za potrebe testa hipotetičkog monopoliste, bi stoga moglo voditi tome da kupci prestanu kupovati te proizvode, ne iz razloga što postoje adekvatni supstituti, već jednostavno iz razloga što višu cenu nisu spremni da plate za taj proizvod. U takvom slučaju, kupci bi prestali da kupuju posmatrani proizvod i okrenuli bi se proizvodima koji ne predstavljaju dobre supstitute posmatranom proizvodu. Ipak, sa aspekta testa pretpostavljenog monopoliste ovakva pojava bi se manifestovala u prividno visokoj zamenljivosti (tj. uzajamnoj elastičnosti potražnje) posmatranog proizvoda sa proizvodima kojima su se okrenuli potrošači. Paradoksalno, pojavljivanje ovakvih "lažnih supstituta" bi vodilo široj definiciji relevantnog tržišta, tako da bi u krajnjoj liniji dominantno preduzeće upravo zahvaljujući (zlo)upotrebi svoje tržišne moći moglo izmaći domašaju odredbi o zabrani zloupotrebe dominantnog položaja.⁴⁴

U pravnoj teoriji se ovaj problem najčešće naziva *celofanska greška* (engl. *cellophane phallacy*),⁴⁵ aludirajući na slučaj *United States v. E.I. Du Pont de Nemours*⁴⁶ koji je dospelo pred Vrhovni sud SAD davne 1956. godine u kome je sud načinio upravo gore opisanu grešku. U ovom slučaju, definisanje relevantnog tržišta je zavisilo od odgovora na pitanje da li celofanska ambalaža predstavlja zasebno tržište ili se nalazi na istom tržištu sa drugim fleksibilnim materijalima za pakovanje. Sud je primenjujući testove koji ispituju uzajamnu elastičnost potražnje ustanovio da između celofana i drugih fleksibilnih materijala za pakovanje (poput aluminijumskih folija i voštanih papira) postoji visoki stepen supstitucije potražnje, te da stoga celofanska ambalaža ne predstavlja zasebno tržište već deo šireg tržišta fleksibilnih materijala za pakovanje. Iako se ovakvo rezonovanje suda na prvi pogled čini logičnim, ova presuda je u pravnoj teoriji bila predmet obimne kritike s obzirom na činjenicu da je sud propustio da primeti da je *Du Pont* kao vodeći proizvođač celofana (koji je proizvodio oko 70% celofana u SAD) iskoristio svoju tržišnu moć da podigne cene na najviši nivo koji su marginalni kupci bili spremni da plate za celofan, i preko kog nivoa oni više

⁴⁴ Ovo iz razloga što široka definicija relevantnog tržišta umanjuje šanse za postojanje dominacije na njemu.

⁴⁵ Iako je prilično upečatljiv, čini se da ovakav naziv ne oslikava suštinu ovog instituta, te da bi mnogo prikladniji naziv za ovu pojavu bio *problem lažnih supstituta*, koji bi ukazivao na osnovni problem koji se u ovakvim situacijama javlja.

⁴⁶ 351 US 377 (1956).

ne bi bili spremni da kupuju celofan i okrenuli bi se drugim proizvodima (tj. drugim fleksibilnim materijalima za pakovanje) koji zapravo ne predstavljaju adekvatnu zamenu za celofansku ambalažu i koje pod "normalnim" uslovima oni ne bi smatrali odgovarajućom zamenom za celofan.⁴⁷ Na taj način je prividno visok stepen uzajamne elastičnosti između celofana i drugih fleksibilnih materijala za pakovanje naveo sud na pogrešan zaključak da je celofan deo šireg tržišta fleksibilnih materijala za pakovanje. Time je sud u suštini propustio da razgraniči konkurenciju stvorenu zloupotrebom tržišne moći – tj. pojavu "lažnih supstituta - sa konkurencijom koja treba da spreči zloupotrebu tržišne moći – tj. prave supstitute određenog proizvoda koji sprečavaju podizanje cena iznad konkurentnog nivoa."⁴⁸

6. POTENCIJALNI PRISTUPI PROBLEMU LAŽNIH SUPSTITUTA

Komisijino Saopštenje o relevantnom tržištu konstatuje mogućnost pojavljivanja lažnih supstituta pri ispitivanju zloupotrebe dominantnog položaja u paragrafu 19, gde navodi da će se kod "ispitivanja zloupotrebe dominantnog položaja uzeti u obzir činjenica da je cena koja preovlađuje na tržištu možda već značajno povećana."⁴⁹ Očito ovo će, po pravilu, biti slučaj kod tzv. eksploativnih zloupotreba, gde dominantno preduzeće iskorišćava svoju tržišnu moć direktno na račun potrošača (npr. kroz nametanje nepravičnih prodajnih cena, koje su podignute znatno iznad konkurentnog nivoa). S druge strane, kod tzv. isključujućih zloupotreba dominantno preduzeće koristi svoju tržišnu moć za istiskivanje konkurencije sa tržišta čime teži stvaranju monopola koji bi mu u budućnosti omogućio profitabilno povećanje cena iznad konkurentnog nivoa. Stoga, kod isključujućih zloupotreba preovlađujuća cena na tržištu može biti dobar osnov za primenu testa hipotetičkog monopoliste. Izuzetak u ovom pogledu bi mogao biti

⁴⁷ Za prvu kritiku ove presude videti Turner, *Antitrust Policy and the Cellophane Case*, 70 *Harvard Law Review* (1956), str. 281. Takođe vidi Posner & Easterbrook, *Antitrust: Cases, Economic Notes and other Materials*, West, 2 ed, 1981, str. 360-2.

⁴⁸ Vidi Areeda, Hovenkamp & Solow, *Antitrust Law*, Little, 1995, str. 208-9. Za sličnu kritiku ove presude vidi takođe: Landes & Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, 94 *Harvard Law Review* 1981, str. 960-1; Stocking & Mueller, *The Cellophane Case and the New Competition*, 45 *American Economic Review* 29, 53-4 (1955); Glick et al, *Importing the Merger Guidelines Market Test in Section 2 Cases: Potential Benefits and Limitations*, 42 *Antitrust Bulletin* 121, 145-49 (1997).

⁴⁹ Za više o "obrnutoj celofanskoj grešci" videti Lind, Muysert, & Walker, *Innovation and Competition Policy, Report Prepared for the Office of Fair Trading, Economic Discussion Paper 3* (2002), str. 55.

jedino slučaj tzv. predatorskih cena, gde dominantno preduzeće kao deo svoje trgovačke taktike naplaćuje veoma niske cene za svoj proizvod sa ciljem da primora konkurente da se povuku sa tržišta, da bi nakon toga bilo u poziciji da poveća cene iznad konkurentnog nivoa i maksimizira svoj profit. U takvom slučaju bi korišćenje preovlađujuće cene na tržištu za potrebe testa hipotetičkog monopoliste moglo dovesti do tzv. "obrnute celofanske greške", jer je preovlađujuća cena na tržištu spuštena znatno ispod konkurentnog nivoa (a možda i ispod same cene koštanja proizvoda) pa bi hipotetičko povećanje preovlađujuće cene od 5 do 10 procenata moglo ukazivati na veoma nizak stepen supstitucije potražnje, što bi posledično vodilo ka tome da relevantno tržište bude isuviše usko definisano usled prividno neelastične potražnje.

Na žalost, Komisijino Saopštenje o relevantnom tržištu ne daje detaljnija uputstva o tome kako bi trebalo postupiti kada se pojavi problem lažnih supstituta. Ipak, ovaj nedostatak Saopštenja o relevantnom tržištu se čini, bar delimično, otklonjenim objavljivanjem Komisijinog Diskusionog papira iz 2005. godine.⁵⁰ U ovom dokumentu Komisija se detaljnije posvetila problemu lažnih supstituta i u suštini iznela tri potencijalna pristupa ovom problemu zasnovana na pravno-teorijskim analizama ovog problema i prethodnoj praksi komunitarnih sudova i same Komisije.

Prvi pristup se odnosi na *rekonstruisanje konkurentne cene* za određeni proizvod na tržištu. U osnovi, Komisija suočena sa problemom lažnih supstituta bi na osnovu raspoloživih podataka pokušala da proceni konkurentnu cenu za određeni proizvod i da potom iskoristi tu cenu za primenu testa hipotetičkog monopoliste.⁵¹ Ipak, glavni nedostatak ovog pristupa leži u činjenici da ne postoje dovoljno jasne i egzaktno ekonomske metode koje bi omogućile praktičnu primenu ovog pristupa, te da u najvećem broju slučajeva nije moguće sa potrebnim stepenom preciznosti i sigurnosti utvrditi konkurentnu cenu određenog proizvoda. Kako uspešna primena testa hipotetičkog monopoliste zavisi od tačnosti podataka na kojima se on zasniva, u praksi bi primena ovog metoda mogla značajno da umanjí pouzdanost rezultata koje bi dala primena ovog testa.⁵² Pored toga, još jedan

⁵⁰ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brisel, 2005. Diskusioni papir i komentari na njega su dostupni na internet adresi Opšteg direktorata za konkurenciju Evropske Komisije <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>.

⁵¹ Vidi *Diskusioni papir*, paragraf 16.

⁵² *Ibid.*

značajan nedostatak koji se može izreći ovom pristupu jeste da on praktično stavlja Komisiju (odnosno telo nadležno za primenu propisa o zaštiti konkurencije) u poziciju tržišnog regulatora koji treba da odredi šta se smatra konkurentnom cenom jednog proizvoda na tržištu. A Komisija i komunitarni sudovi su kroz svoju praksu upravo pokušavali da izbegnu takvu ulogu i veoma retko su prihvatili da donesu odluke koje mogu imati takvu dimenziju.⁵³ Konačno, u pojedinim slučajevima primena ovog pristupa može biti "cirkularnog" karaktera i voditi prejudiciranju ishoda konkretnog spora. Primera radi, u slučajevima koji se odnose na zloupotrebu dominantnog položaja na tržištu zbog nametanja nepravičnih prekomernih cena, samo određivanje konkurentne cene na nivou nižem od onog koji je naplaćivalo preduzeće pod istragom može voditi nalazu o postojanju dominacije tog preduzeća (npr. kada je konkurentna cena utvrđena na toliko niskom nivou da se kupci ne bi okrenuli dobrim supstitutima uprkos malom ali znatnijem i trajnijem povećanju cena), a kada je dominacija na tržištu utvrđena zaključak o zloupotrebi takvog tržišnog položaja postaje očigledan zasnivajući se upravo na nivou konkurentne cene koji je utvrđen kod definisanja relevantnog tržišta (na kojem je sam nalaz o postojanju dominacije bio zasnovan).

Slično ovome, u teoriji se, na primer, predlaže da se relevantno tržište definiše prema vremenu pre nego što je nekonkurentno ponašanje započelo, te da se tako definisano relevantno tržište prenese u sadašnjost radi ocene sadašnjeg tržišnog položaja posmatranog preduzeća na njemu. Iako teorijski ovakav pristup može delovati opravdan, njegova praktična primena bi bila skopčana sa velikim teškoćama. Na prvom mestu, neretko bi bilo veoma teško utvrditi koji trenutak u prošlosti bi trebalo uzeti kao referentnu tačku u vremenu pre nego što je nekonkurentno ponašanje započelo. Na primer, ukoliko je u prošlosti cena predmetnog proizvoda postepeno rasla, Komisija (odnosno telo nadležno za sprovođenje propisa o zaštiti konkurencije) bi morali da utvrde u kom tačno trenutku je taj rast cena eskalirao u nekonkurentno ponašanje, tj. povredu konkurencije. Pritom, takav nalaz ne samo da bi praktično stavio Komisiju u ulogu tržišnog regulatora, već bi nosio i rizik prejudiciranja nalaza o postojanju povrede konkurencije već u prethodnoj fazi postupka u kojoj se definiše relevantno tržište. Pored toga, bilo bi izuzetno teško sa neophodnim stepenom sigurnosti utvrditi

⁵³ Vidi Doklešćić, *Zloupotreba dominantnog položaja na tržištu u pravu konkurencije Evropske unije*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2010, str. 296.

preferencije kupaca ili druge relevantne uslove (npr. preovlađujuću cenu određenog proizvoda) u nekom trenutku u prošlosti, čime bi se znatno otežala primenljivost testa hipotetičkog monopoliste. Osim toga, tako definisano tržište možda ne bi adekvatno odgovaralo sadašnjem stanju jer se preferencije kupaca menjaju tokom vremena, između ostalog, i usled pojave novih proizvoda ili promene drugih uslova snabdevanja na tržištu.⁵⁴

Drugo, ukoliko posmatrano preduzeće prodaje svoj proizvod u više područja relevantni podaci u pogledu sastava relevantnog tržišta proizvoda mogu se dobiti i upoređivanjem cene tog proizvoda u različitim područjima.⁵⁵ Tako, ako preduzeće naplaćuje višu cenu za svoj proizvod u onim područjima gde ima veći udeo u ukupnom broju prodaja tog proizvoda, to bi bila indikacija da glavna konkurencija dolazi od drugih prodavaca tog proizvoda, a ne drugih potencijalnih supstituta.⁵⁶ Ipak, kod ovakve analize potrebno je uvek utvrditi da je razlika cene po regionima uzrokovana stepenom tržišne moći preduzeća, a ne drugim faktorima koji mogu uticati na cenu proizvoda (npr. preferencije potrošača, troškovi prevoza, carine, porezi, i sl).⁵⁷ Pored toga, nedostatak ovog metoda analize jeste da on može okvirno ukazivati odakle dolaze glavni obuzdavajući efekti konkurencije (uzimajući u obzir strukturu konkurencije na drugim područjima) ali ovaj metod pruža malo mogućnosti za izolovanje konkretnih konkurentnih proizvoda (roba i usluga) koje bi trebalo uključiti u relevantno tržište koje se definiše u konkretnom postupku.

Konačno, treći potencijalni pristup problemu lažnih supstituta se u velikoj meri zasniva na sudskoj praksi koju su komunitarni sudovi izgradili pre nego što je Komisija objavila Saopštenje o relevantnom tržištu. U osnovi ovog pristupa se nalazi ideja da se u slučajevima u kojima se javlja problem lažnih supstituta odustane od pokušaja kvantifikovanja supstitucije potražnje ekonomskim metodama, te da se zaključak o pripadnosti proizvoda istom tržištu izvede iz njihovih karakteristika i namene.⁵⁸ Prateći pravne testove iz

⁵⁴ Vidi Carlton, *Market Definition: Use and Abuse*, Competition Policy International 2007, str. 3-7.

⁵⁵ *Ibid.*, paragraf 19.

⁵⁶ *Ibid.* Isti princip bi se mogao primeniti i u slučajevima kada posmatrano preduzeće ne prodaje svoj proizvod u više različitih područja, ako postoje druga preduzeća koja prodaju taj proizvod u drugim regionima.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Vidi *Diskusioni papir*, paragraf 18.

slučajeva *United Brands*⁵⁹ i *Continental Can*⁶⁰ ključno pitanje u svakom slučaju bi bilo da li su karakteristike određenog proizvoda i njegova namena takvi da ga razlikuju od drugih proizvoda u toj meri da je samo u maloj meri zamenljiv sa njima i da stoga nije efektivno ograničen njima pri konkurentnim cenama.⁶¹ Pritom, posebna pažnja bi morala biti posvećena potrebama tzv. marginalnih potrošača, tj. potrošača sa elastičnom potražnjom koji bi pri poskupljenju proizvoda bili spremni da se okrenu lako dostupnim supstitutima. Ono što je važno kod ovog metoda jeste da li dovoljno veliki broj kupaca smatra da su dva proizvoda dobri supstituti, imajući u vidu njihove karakteristike i namenu. Ukoliko bi to bio slučaj dva proizvoda bi se smatrala da se nalaze na istom relevantnom tržištu.⁶²

Prigovor koji se može staviti ovom metodu jeste da se odvajanjem od kvantitativnih ekonomskih metoda procene supstitucije potražnje znatno smanjuje stepen pravne sigurnosti u ovoj oblasti. Svođenje definisanja relevantnog tržišta na subjektivnu ocenu suda o zamenljivosti dva proizvoda na osnovu njihovih karakteristika i namene bi moglo stvoriti opasnost pravne nesigurnosti i time se negativno odraziti na mogućnost pravnih subjekata da sa neophodnim stepenom sigurnosti predvide nalaze Komisije i komunitarnih sudova u pogledu relevantnog tržišta.⁶³ Ipak, čini se da se ovde bar dve stvari moraju imati u vidu. Prvo, čak ni kvantitativni ekonomski modeli procene supstitucije potražnje ne otklanjaju u potpunosti rizik pravne nesigurnosti. Oni su često izuzetno složeni, raznovrsni i najčešće podobni da prikažu ono što njihovom naručiocu ne škodi. Pored toga, čak i onda kada sami rezultati do kojih se dođe kroz ove modele nisu sporni, jedni isti

⁵⁹ Vidi presudu Evropskog suda pravde u slučaju br. 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission*.

⁶⁰ Vidi presudu Evropskog suda pravde u slučaju br. 6/72 *Europemballage Corporation & Continental Can Company Inc. v Commission*.

⁶¹ Za relevantnu sudsku praksu u Evropskoj uniji videti presude u slučajevima: 6/72, *Europemballage Corporation & Continental Can Company Inc. v Commission*, paragraf 32; T-30/89 *Hilti AG v Commission*, paragraf 64; T-86/95, *Compagnie générale maritime and Others v Commission*, paragraf 48; 27/76 *United Brands v. Commission*, paragraf 12; 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen & Silver Line Reisebüro GmbH v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, paragrafi 39- 40.

⁶² Vidi *Diskusioni papir*, paragraf 18.

⁶³ Chalmers, Hadjiemmanuil, Monti & Tomkins, *European Union Law - Text and Materials*, str. 1029.

rezultati mogu biti podložni dijametralno suprotnim tumačenjima.⁶⁴ Sa druge strane, određeni stepen slobode u odlučivanju sudova mora uvek postojati. To ne treba posmatrati kao rizik pravne nesigurnosti, već kao sredstvo obezbeđivanja pravičnosti u pojedinačnim slučajevima. Čak i kada se primenjuju kvantitativne metode, sud je taj koji na kraju mora odlučiti koju će od njih usvojiti, odnosno koje tumačenje njihovih rezultata će prihvatiti, što samo po sebi zahteva određenu subjektivnu ocenu suda. Stoga, odluka suda o relevantnom tržištu u svakom pojedinačnom slučaju će zavisiti od konkretnih okolnosti tog slučaja i težine koju će sud pripisati pojedinačnim dokaznim sredstvima. Drugo, na praktičnom nivou – ukoliko se ostane pri shvatanju da je definisanje relevantnog tržišta preduslov za utvrđivanje dominacije na tržištu - u situacijama kada nije moguće sa potrebnim stepenom sigurnosti rekonstruisati konkurentnu cenu određenog proizvoda, odnosno utvrditi relevantno tržište na osnovu poređenja cene određenog proizvoda u različitim područjima, neretko jedina realna alternativa koja preostaje jeste da sud, na osnovu raspoloživih dokaza, a imajući u vidu karakteristike i namenu proizvoda napravi obrazloženu procenu da li su dva proizvoda u očima potrošača dovoljno zamenljivi da bi bili na istom tržištu proizvoda.

Zaključak

Kao što je napred objašnjeno, problem tzv. "lažnih supstituta" (ili "celofanske greške" kako se ovaj problem ponekad naziva) može imati veoma ozbiljne implikacije u slučajevima kada se relevantno tržište definiše u postupcima povodom (navodne) zloupotrebe dominantnog položaja na tržištu. U takvim situacijama moguće je da je cena određenog proizvoda (koji proizvodi, odnosno prodaje to preduzeće) već podignuta iznad konkurentnog nivoa, što bi bilo posledica "ekonomski racionalnog" ponašanja dominantnog preduzeća koje po prirodi stvari teži maksimiziranju svoje dobiti, pa bi u skladu sa tom težnjom i cene svojih proizvoda podiglo na ekonomski optimalan nivo, iznad kojeg dalje povećanje cena za njega ne bi bilo profitabilno. Ta činjenica može predstavljati značajan problem kod primene ovog testa u postupcima zbog

⁶⁴ Za primer videti presudu Evropskog suda pravde u slučaju br. 27/76 *United Brands v. Commission*, paragrafi 28, 32-3. Žalilac (*United Brands*) je u postupku pred Komisijom i pred Evropskim sudom pravde izneo ekonomske analize i studije koje su govorele u prilog njegovoj tvrdnji da postoji značajna uzajamna elastičnost između banana i drugog voća. Međutim, sud je ove iste studije tumačio na drugačiji način izvodeći iz njih zaključak da je nivo uzajamne elastičnosti nizak i povremen.

zloupotrebe dominantnog položaja budući da se test hipotetičkog monopoliste zasniva na cenama koje preovlađuju na tržištu, te da primena ovog testa u situaciji kada je preovlađujuća cena na tržištu već podignuta iznad konkurentnog nivoa može indikovati tzv. lažne supstitute, kojima bi se kupci okrenuli ne iz razloga što oni predstavljaju dobru zamenu posmatranom proizvodu, već jednostavno iz razloga što veću cenu nisu spremni da plate za taj proizvod. Sa aspekta testa pretpostavljenog monopoliste ovakva pojava bi se manifestovala u prividno visokoj zamenljivosti (tj. uzajamnoj elastičnosti potražnje) posmatranog proizvoda sa proizvodima kojima su se okrenuli potrošači. Paradoksalno, pojavljivanje ovakvih "lažnih supstituta" vodilo bi široj definiciji relevantnog tržišta, tako da bi u krajnjoj liniji dominantno preduzeće upravo zahvaljujući (zlo)upotrebi svoje tržišne moći moglo izmaći domašaju odredbi o zabrani zloupotrebe dominantnog položaja.

U teoriji i praksi je predloženo nekoliko potencijalnih načina za tretiranje ovog problema. Neki od tih pristupa idu za tim i da u uslovima kada je preovlađujuća cena na tržištu već podignuta iznad konkurentnog nivoa omoguće primenu testa hipotetičkog monopoliste - kroz rekonstruisanje konkurentne cene proizvoda na osnovu koje bi se primenjivao test hipotetičkog monopoliste. Drugi pristupi ovom problemu nastoje da u ovakvim situacijama pruže alternativu testu hipotetičkog monopoliste kroz definisanje relevantnog tržišta prema vremenu pre nego što je nekonkurentno ponašanje započelo ili na osnovu podataka o strukturi tržišta u drugim područjima gde se predmetni proizvod prodaje, ili tako što bi se zaključak o pripadnosti proizvoda istom tržištu izveo iz njihovih karakteristika i namene.

Kao što je ranije istaknuto svakom od ovih pristupa mogu se uputiti određene zamerke u pogledu njihove opravdanosti ili praktične sprovodivosti, pri čemu neke od tih zamerki po svojoj prirodi mogu biti ograničene na pojedine kategorije slučajeva kada primena tog konkretnog pristupa može biti (naročito) neprikladna. Ipak, uzimajući u obzir sveukupne karakteristike predloženih načina za tretiranje problema tzv. lažnih supstituta čini se da bi generalno najpodesniji način za pristup ovom problemu bio taj da se zaključak o pripadnosti proizvoda istom tržištu izvodi iz njihovih karakteristika i namene. Pritom, ovaj način definisanja relevantnog tržišta ne bi valjalo uzeti kao generalnu zamenu za test hipotetičkog monopoliste, već bi njemu trebalo pribegavati onda kada postoje jasni dokazi da je situacija na tržištu već poremećena usled postojanja tržišnog učesnika sa značajnom tržišnom moći, te da je preovlađujuća cena na tržištu već podignuta iznad konkurentnog nivoa. Dodatno, radi očuvanja što većeg stepena pravne sigurnosti u takvim situacijama poželjno bi bilo da Komisija (odnosno tela

nadležna za primenu propisa o zaštiti konkurencije) svoj nalaz o pripadnosti proizvoda istom tržištu zasnuju ne samo na logičkim opservacijama o sličnosti karakteristika i namena tih proizvoda, već i na što je moguće većem broju drugih dokaza koji ukazuju na to da ti proizvodi pripadaju istom relevantnom tržištu (npr. istorijski primeri zamenljivosti proizvoda, ekonomske studije i analize o zamenljivosti proizvoda, studije i ankete o percepcijama potrošača i njihovim preferencijama i navikama, podatke o eventualnim preprekama i troškovima za preusmeravanje potražnje na potencijalne supstitute). Na taj način bi test hipotetičkog monopoliste ostao primarni test za definisanje relevantnog tržišta, dok bi u situacijama kada je preovlađujuća cena na tržištu već podignuta iznad konkurentnog nivoa postojao dovoljno jasan i predvidiv sistem analize koji bi omogućavao definisanje relevantnog tržišta u takvim situacijama.

Dr. Slobodan Dokleštic, LL.M.*

Problem of False Substitutes in Defining of the Relevant Market in the Competition Law

Summary

Defining the borders of the relevant market is often one of the most important issues in the competition law. That issue may arise in all three main areas of the competition law – prohibition of restrictive agreements and practices, prohibition of abuse of dominant position on the market and control of concentrations on the market. In the competition law of the European Union main conclusions with regard to the borders of the relevant market will usually be derived based on the analysis of demand through so-called hypothetical monopolist test. However, in certain situations application of this test may be inadequate due to the fact that the prevailing market price has already been raised above the competitive level (most often this will be the case when there is an undertaking with significant market power). In such cases hypothetical monopolist test may provide misleading results with regard to the borders of the relevant market by indicating ostensibly high level of

* Attorney at Law – Partner Karanovic& Nikolic o.a.d. Belgrade.

substitutability of the analyzed product with other products to which the customers may revert due to a small but significant and non-transitory increase in price (so-called "false substitutes"). Practically this may result in inclusion of such false substitutes in the relevant market and in that way in its broader definition, which in turn will generally reduce the possibility for finding of market domination on such market. In this paper the author gives short analysis of the problem of false substitutes in defining of the relevant market in the competition law, as well as of potential approaches to this problem in practice.

Key words: European Union competition law, relevant market, analysis of market demand, cellophane phallacy, false substitutes.

Velimir ŽIVKOVIĆ*

UDK: 347.7:339]:341.9(4-672EU)

str. 97- 115.

NEKOLIKO PITANJA POVODOM ODNOSA PREDLOGA UREDBE O ZAJEDNIČKOM EVROPSKOM PRAVU PRODAJE I MEĐUNARODNOG PRIVATNOG PRAVA EU

Apstrakt

Stvaranje jedinstvenog građanskog prava Evropske unije predstavlja sada već višedecenijski politički, pravni i akademski projekat. Kao njegov najsvežiji izdanak ističe se predlog Evropske komisije o stvaranju zajedničkog prava prodaje EU kao opcionog instrumenta za prekogranično poslovanje. Iako ideja ovakvog instrumenta ima argumente u prilog, trenutni predlog sadrži značajne manjkavosti u pogledu same pravne izvedbe. U ovom radu pažnja je posvećena pre svega problemima koji mogu nastati u odnosu ovog zamišljenog instrumenta i već postojećeg međunarodnog privatnog prava EU. Pitanja od posebnog interesa su odredbe o primeni matičnog prava potrošača, javnom poretku i situacijama kada jedna strana ugovornica nije iz Evropske unije. U zaključku se iznose neki od mogućih razloga za postojeće nedostatke i predlozi kako bi se te manjkavosti mogle prevazići.

Ključne reči: harmonizacija prava EU – prodaja – međunarodno privatno pravo – zaštita potrošača.

Uvod

Evropska komisija objavila je 11. oktobra 2011. godine Predlog Uredbe o zajedničkom evropskom pravu prodaje (u daljem tekstu: Predlog).¹ Ovaj

* Master, Mjur (Oxford), istraživač-pripravnik, Institut za uporedno pravo, Beograd.

Predlog predstavlja rezultat dugogodišnjeg rada različitih komisija i grupa kojima su organi Evropske unije poveravali oblikovanje budućeg evropskog ugovornog prava. Značaj koji Evropska komisija pridaje ovom predlogu, veliko interesovanje koje je Predlog izazvao u akademskim krugovima i neka vrlo specifična pravna rešenja – čine da je opravdano posvetiti pažnju predloženoj Uredbi i bliže predstaviti i analizirati neka od pitanja koja postavlja.

Okvir kraćeg rada ne omogućava detaljno upuštanje u analizu supstantivnih rešenja koja Predlog donosi. Da obrazložimo: i sam naziv zamišljenog pravnog instrumenta je donekle neodgovarajući u pogledu obima. U Aneksu I Predloga, koji sadrži tekst Zajedničkog evropskog prava prodaje (ZEPP), pored prodaje kao pravnog posla reguliše se i čitav opšti deo ugovornog prava, snabdevanje digitalnim sadržajem i u određenom suženom obimu i ugovor o delu. Sve ovo za rezultat ima činjenicu da su materijalne odredbe o ovim pitanjima sadržane u 186 članova. Tome bi trebalo dodati i druge jednako važne odredbe samog Predloga. U kraćem radu ne bi bilo moguće posvetiti čak ni površnu pažnju svim ovim odredbama pa je izbor autora da se izvrši analiza pitanja zamišljene pravne prirode i odnosa predložene Uredbe sa pravilima međunarodnog privatnog prava i posebno Rim I uredbom o pravu merodavnom za ugovorne obaveze.² Ovo je i zbog toga što su neke od zamisli Evropske komisije u ovom pogledu vrlo kontroverzne i mogu u velikoj meri uticati na to da li će ZEPP zaživeti u praksi.

U prvom delu izlaganja sledi kratak osvrt na istorijat razvoja ugovornog prava na nivou EU, a potom slede odeljci posvećeni ciljevima, zamišljenoj pravnoj prirodi ZEPP i analizi pojedinih pitanja koja već na prvi pogled deluju problematično. Na kraju sledi zaključak o navedenim pitanjima i ocena kakva budućnost se može očekivati za ovaj ambiciozno zamišljeni projekat.

¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM(2011) 635 final, dostupno na adresi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriSero/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:EN:PDF>, 15.3.2012.

² Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Official Journal L 177, 04/07/2008, dostupno na adresi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriSero/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0006:en:PDF>, 7.4.2012.

ISTORIJAT RADA NA KODIFIKACIJI UGOVORNOG PRAVA U EU

Inicijative i rad na stvaranju nadnacionalnog ugovornog prava u EU nisu novina. Pored akademskih predloga koji sežu još dalje u prošlost, jedan od najbitnijih događaja je formiranje komisije za rad na projektu Principa evropskog ugovornog prava (PEUP) iz 1982. godine, koja će postati neformalno poznata kao "Lando komisija" po svom uticajnom predsedniku profesoru Ole Landu. Ovaj čisto akademski projekat okupio je veliki broj poznatih profesora građanskog prava iz raznih krajeva Evrope.³ Rad komisije u različitim sastavima rezultovao je objavljivanjem Principa evropskog ugovornog prava (Principles of European Contract Law – PECL) od 1995. do 2003. godine.⁴ I pored naziva "Principi" koji sugerise uopštena načela, konačan rezultat je zapravo vrlo detaljan zakonik o ugovornom pravu. Kao posebno dostignuće ističe se da je baziran, gdegod je to bilo moguće, na kompromisu između kontinentalne i anglosaksonske pravne tradicije.

Inicijative započete na akademskom planu u jednom momentu počela je da prati i politička podrška. Pored relativno uopštenih izraza podrške od strane Evropskog parlamenta za stvaranje zajedničkog građanskog prava Evropske unije (sa ugovornim pravom kao prvim izborom za unifikaciju) koji datiraju sa kraja osamdesetih i devedesetih godina, može se reći da su konkretni koraci u ovom smeru započeti 2001. godine Kominikeom Evropske komisije o evropskom ugovornom pravu.⁵ Ovaj kominike je imao za cilj da obavesti evropsku javnost i sve zainteresovane strane o nameri Evropske komisije da istraži sve opcije u pogledu unifikacije ugovornog prava, a posebno da u tom smislu pozove na upućivanje konkretnih predloga i mišljenja. Posle dve godine konsultacija i razmišljanja o daljim koracima, Evropska komisija je izašla sa Akcionim planom o stvaranju koherentnijeg evropskog ugovornog prava,⁶ planom u kojem se pored nastavka konsultativnog procesa govori i o

³ Spisak svih učesnika u projektu i period njihovog učešća može se videti na: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/members.htm, 10.12.2012.

⁴ Tekst svih izdanja i druge korisne informacije mogu se naći na: <http://www.law.kuleuven.be/web/mstorme/PECL.html>, 10.12.2012.

⁵ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, COM (2001) 398, dostupno na adresi: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/cont_law_02_en.pdf, 16.3.2012.

⁶ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - A More Coherent European Contract Law - An Action Plan, COM (2003) 68, dostupno na adresi:

stvaranju zajedničkog okvira (u smislu pojmova i terminologije) za evropsko ugovorno pravo i uzimanju u razmatranje stvaranja eventualnog panevropskog opcionog instrumenta u oblasti ugovornog prava. Vredi zapaziti da se ova inicijativa poklapa sa izlaskom poslednjeg izdanja PEUP i da je uticaj tog projekta na ovakva razmišljanja očigledan.

Opređenje o stvaranju zajedničkog okvira koji bi obuhvatio čitavu materiju privatnog prava, sa konkretnim nazivom Common Frame of Reference, i koji bi eventualno prerastao u opcionu instrument - potvrđeno je novim Komunikacijom Evropske komisije iz 2004. godine.⁷ Ovaj akt Evropske komisije posebno je značajan zbog ustanovljenja Združene mreže o evropskom privatnom pravu (*Joint Network on European Private Law*), grupe akademika i eksperata iz različitih evropskih zemalja finansiranih od strane Evropske komisije sa konkretnim zadatkom da uobliče pomenuti okvir.

Posle višegodišnjeg intenzivnog rada pomenute grupe, 2009. godine objavljen je Nacrt zajedničkog referentnog okvira (*Draft Common Frame of Reference*) koji vrlo detaljno, a pod velikim uticajem PEUP-a, reguliše najveći deo privatnog prava, uključujući tu i opšti i posebni deo obligacionog prava.⁸ Ovaj Nacrt predstavlja zapravo dalju nadgradnju i proširenje PEUP-a i može se očekivati da će u budućnosti predstavljati osnov sa unifikaciju ili bar harmonizaciju prava EU u različitim oblastima privatnog prava.

Po okončanju rada na Nacrtu postavilo se pitanje kako će konkretno teći dalja unifikacija. Usvajanje sveobuhvatnog Evropskog građanskog zakonika koji bi zamenio sva nacionalna prava, iako prisutno kao ideja, nije moglo dobiti političku podršku, a tako će verovatno ostati i u budućnosti.⁹ Radi

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0068:EN> HTML, 16.3.2012.

⁷ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward, COM (2004) 651, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri%3DCOM:2004:0651:FIN:EN:PDF>, 16.3.2012.

⁸ Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR): Outline Edition, dostupno na adresi: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf, 10.12.2012.

⁹ S. Whittaker, The Proposed Common European Sales Law: Legal Framework and the Agreement of the Parties, *University of Oxford Legal Research Paper Series*, Paper No 10/2012, dostupno na adresi: <http://ssrn.com/abstract=2006786>, 10.12.2012, str. 3.

odlučivanja o daljim koracima Evropska komisija je 2010. godine objavila Zeleni papir o Evropskom ugovornom pravu za potrošače i preduzeća u kome su izneti različite opcije o tome kako ići dalje u ovom domenu.¹⁰ Formirana je i nova Ekspertska grupa sa zadatkom da prilagodi DCFR užoj oblasti – prekograničnim prodajama u kojima učestvuju potrošači. Cilj Zelenog papira bio je da podstakne živu diskusiju o daljim koracima razvoja, u čemu se u velikoj meri i uspelo jer je Evropska komisija do okončanja perioda savetovanja dobila 320 odgovora različitih aktera: od država članica, preko akademskih institucija do udruženja potrošača.¹¹

Zanimljivo je zapaziti da predložena mogućnost br. 4 u Zelenom papiru, koja predviđa donošenje opcionog instrumenta, nije naišla na jedinstveno odobravanje država članica. Francuska, Švedska, Belgija, i Irska, između ostalih, iznele su ozbiljne rezerve u pogledu korisnosti njegovog donošenja.¹² S druge strane, ovakav instrument dobio je snažnu podršku Evropskog parlamenta te je Evropska komisija i pored primećene rezerve pojedinih zemalja rešila da se nastavi sa idejom opcionog instrumenta. Posle Studije o izvodljivosti, koju je uradila pomenuta Ekspertska grupa u maju 2011. godine i konačnog nacrtu ZEPP vrlo približnog konačnoj verziji,¹³ predlog Uredbe objavljen je 11. oktobra 2011. godine. Posle više od godinu dana Predlog ostaje predmet diskusija i nije daleko odmakao u zakonodavnom procesu EU. U načelu može se konstatovati da što se tiče materijalnopравnih odredbi, sve ove tekstove i predloge zaključno sa predlogom Uredbe koji će biti razmatran karakteriše velika sličnost i jasno vidljiv umereni evolutivni razvoj još od PEUP.¹⁴

¹⁰ European Commission, Green Paper from the Commission on Policy Options for Progress towards a European Contract Law for Consumers and Businesses, COM (2010) 348, dostupno na adresi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriSero/LexUriSero.do?uri=COM:2010:0348:FIN:EN:PDF>, 16.3.2012.

¹¹ The Law Commission and the Scottish Law Commission, An Optional Common European Sales Law: Advantages and Problems - Advice to the UK Government, 2011, dostupno na adresi: http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/Common_European_Sales_Law_Advice.pdf, 16.3.2012, str. 5 (Law Commission Advice).

¹² *Ibid.*, str. 6-8.

¹³ Expert Study Group, Contract Law, Work in Progress, Version of 19 August 2011, dostupno na adresi: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf, 10.12.2012.

¹⁴ M. Hesselink, How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation, *European Review of Private Law*, 1/2012, str. 195.

CILJEVI ZEPP

Radi boljeg razumevanja predloženih rešenja i problema u Predlogu potrebno je ukratko izložiti koji su to prevashodni ciljevi koje je Evropska komisija želela da postigne uvođenjem ZEPP. Objašnjenja motiva i ciljeva Evropske komisije sadržana su u samom Predlogu.¹⁵ Osnovne ideje će biti ukratko izložene u tekstu koji sledi.

Evropska komisija je mišljenja da razlike u pravnim režimima ugovornog prava predstavljaju prepreku trgovini između zemalja članica jer destimulišu kako trgovce (posebno mala i srednja preduzeća) tako i potrošače od prekogranične trgovine usled: a) neizvesnosti sa kakvim specifičnostima ugovornog prava će se susresti u drugoj državi, b) troškova neophodnih radi upoznavanja sa stranim pravom i prilagođavanja ugovora u tom smislu i v) troškova upoznavanja sa prinudnim odredbama za zaštitu potrošača u određenoj zemlji koje ne mogu biti derogirane izborom drugog prava usled dejstva člana 6 Rim I uredbe.

Uzdržavanje od prekogranične trgovine ima za posledicu značajno sužavanje izbora koji se nudi potrošačima širom EU, a konkretan iznos izgubljenog prekograničnog prometa Evropska komisija procenjuje na desetine milijardi evra godišnje. Kao ilustraciju Evropska komisija dalje navodi istraživanja koja pokazuju da su potrošači koji kupuju preko interneta često u nedoumici u pogledu toga koja prava imaju kao potrošači ako kupuju iz druge zemlje. Česta je situacija da proizvode ne mogu uopšte da kupe jer mnoge internet prodavnice ne podržavaju više zemalja EU, upravo zbog nesprenosti da se prodavci prilagode eventualnim zahtevima prava zaštite potrošača u konkretnoj zemlji odakle potrošač kupuje.

Uključivanje malih i srednjih preduzeća (eng. *small and medium enterprises* – SMEs, MSP) koja ZEPP posebno definiše,¹⁶ rezultat je shvatanja EK da su ova preduzeća u značajno težem finansijskom položaju u pogledu već pomenutih dodatnih troškova prekogranične trgovine i da je stoga njihov položaj

¹⁵ Predlog, str. 2-21.

¹⁶ U članu 7 Uredbe navodi se da je MSP trgovac koji zapošljava manje od 250 ljudi i ima godišnji obrt manji od 50 miliona evra ili stanje godišnjeg finansijskog izveštaja manje od 43 miliona evra (ili protivvrednosti u odgovarajućoj domaćoj valuti).

opravdano izjednačiti sa položajem potrošača. Ovo izjednačavanje položaja nije prošlo bez kritika u akademskim krugovima.¹⁷

Način na koji EK planira da prevaziđe ove teškoće je sa pravopolitičkog aspekta jednostavan i jasan. Sa čisto pravnog stanovišta, kako ćemo videti, nije lako ostvariv. ZEPP je zamišljen kao autonoman zakonik koji reguliše sva bitna pitanja vezana za ugovor (od predugovorne faze pa do prestanka) između trgovca i potrošača, odnosno trgovca i MSP i sadrži odredbe kako opšteg dela ugovornog prava, tako i posebni deo. Posebnim delom se regulišu ugovor o prodaji, snabdevanju digitalnim sadržajem i usko definisani i sa ovim ugovorima povezani ugovor o delu. Povrh svega, ZEPP sadrži ono što EK smatra kompletnom regulativom prava potrošača na vrlo visokom nivou. Prema zamisli EK odabirom ZEPP isključuje se bilo kakva primena nacionalnog prava zaštite potrošača zemlje kupca. Po idealnom scenariju, trgovac koji koristi ZEPP u svim svojim prekograničnim poslovima ne bi više u načelu morao da istražuje ni ugovorno ni pravo zaštite potrošača svake zemlje gde namerava da posluje. Naravno, mnoga pitanja ostaju van domašaja ZEPP i stoga nužno moraju biti regulisana nekim merodavnim nacionalnim pravom. Stav EK je da su ona pitanja koja su u domenu ZEPP-om ujedno i najbitnija u svakodnevnom poslovanju i da će tako potreba za primenom ostalih (nacionalnih) propisa biti smanjena, ako ne i eliminisana.

U kontekstu težnji EK da ZEPP učini što autonomnijim instrumentom posebno je zanimljivo ukazati na odredbu člana 4. ZEPP koja propisuje da se rešenje nekog pitanja koje spada u okvir ZEPP, ali nije izričito regulisano u njemu, ima rešiti isključivo na osnovu principa na kojima je ZEPP zasnovan, a nikako na supsidijarnoj primeni nacionalnog prava koje bi inače bilo merodavno. Ovo je inače bitno drugačije rešenje od pravila Bečke konvencije¹⁸ i predstavlja zapravo povratak na Haške uniformne zakone.¹⁹ Ostaje da se vidi da li će ovo rešenje ostati u neizmenjenom obliku do eventualnog konačnog usvajanja ZEPP. Ako bude usvojeno biće vrlo zanimljivo videti kreativnost sudova u praksi, jer se iznalaženje principa na

¹⁷ Videti skepticizam u pogledu široke upotrebe od strane MSP kod G. Low, *Will firms consider a European optional instrument in contract law?*, *European Journal of Law and Economy* 33(3)/2012, str. 538-539.

¹⁸ Član 7(2) UN Konvencije o ugovorima u međunarodnoj prodaji robe („Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori“, br. 10/1 1984).

¹⁹ Član 17 Konvencije o jednoobraznom zakonu o međunarodnoj prodaji robe iz 1964. godine, dostupno na adresi: <http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulis.htm>, 10.12.2012.

kojima se zasnivaju međunarodne konvencije pokazalo kao kontroverzno u praksi.²⁰

U narednim odeljcima analiza će biti usmerena na to na koji način Predlog predviđa da navedeni ciljevi budu postignuti i posebno na to kakvi se problemi očigledno mogu javiti u pogledu rešenja usmerenih ka autonomnosti i jednoobraznosti primene ZEPP. Generalna ocena koja se može dati je da su predložena rešenja u značajnoj meri manjkava i nedovoljno promišljena i da će ako budu usvojena u sadašnjem obliku verovatno dovesti do ozbiljnih problema u primeni.

PRAVNA PRIRODA ZEPP I ODNOS PREMA MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU

U toku pripremnog rada na izradi ZEPP namera koja se uglavnom pominjala je bila da će ZEPP predstavljati novi, zasebni "28. režim" prava u Evropi (uz 27 nacionalnih prava država članica) i kao takav biti dostupan kao merodavno pravo u smislu pravila međunarodnog privatnog prava. Takva ideja nije opstala do kraja. To se može smatrati očekivanim s obzirom da, između ostalog, ovakav nenacionalni pravni režim ne bi mogao biti izabran u skladu sa pravilima Rim I uredbe kao merodavno pravo, niti bi se uopšte i moglo misliti o izbegavanju primene člana 6 te uredbe u pogledu zaštite potrošača.²¹

Rešenje koje predlaže Komisija bitno je drugačije i u mnogo čemu jedinstveno. Predlog Uredbe predviđa da će ZEPP biti "drugi nacionalni režim ugovornog prava" za pitanja koja su njime regulisana i koji koegzistira sa dotada postojećim pravom pojedine države članice. Umesto 28. režima, uvodi se 27 "drugih režima". Izričito se navodi da izbor ZEPP ne predstavlja izbor merodavnog prava u smislu međunarodnog privatnog prava, niti da se predloženom Uredbom u bilo kom delu menjaju Rim I i/ili Rim II uredba.²² To znači da je za konkretan ugovor uvek merodavno neko nacionalno pravo, a u okviru tog prava ugovorne strane mogu izabrati ZEPP kao merodavni režim i time isključiti primenu "redovnog" režima ugovornog prava. ZEPP

²⁰ U pogledu Bečke konvencije videti, na primer, J. Lookofsky, *Walking the Article 7(2) Tightrope between CISG and Domestic Law*, *Journal of Law and Commerce* 25/2005-26.

²¹ Za detaljnije objašnjenje videti G. Rühl, *The Common European Sales Law: 28th Regime, 2nd Regime or 1st Regime?*, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper* 2012/5, dostupno na adresi: <http://ssrn.com/abstract=2025879>, 7.4.2012, str. 5-10.

²² Predlog, str. 6 i Recital 10.

mora uvek biti eksplicitno izabrano i ne može se primenjivati implicitno ili prema sopstvenim odredbama o oblasti primene poput drugih zakonskih akata.²³ Dalje, prema odredbi člana 11. predložene Uredbe, kada do ovog izbora ZEPP dođe, sva pitanja u materiji koju obuhvata ZEPP isključivo moraju biti rešena primenom pravila u njemu sadržanim. Ovo je zapravo pokušaj da se isključi primena nacionalnih pravila zaštite potrošača u zemljama članicama EU i tako ostvari jedan od ključnih ciljeva EK - da trgovci više ne budu opterećeni prilagođavanjem različitim režimima prava zaštite potrošača.

Međutim, predlog u sadašnjem obliku je: a) u koliziji sa rešenjima člana 6 Rim I uredbe, b) u koliziji sa članom 9 iste uredbe i v) ozbiljno manjkav u slučaju kada je druga ugovorna strana van EU - što inače ZEPP dopušta.²⁴ Blíže ćemo analizirati svako od ova tri pitanja.

1. Kolizija sa članom 6 Rim I uredbe

Zanimljivo je videti kako je EK zamislila prenebregavanje odredbi člana 6 Rim I uredbe. Ovaj član u stavu 2. sadrži imperativno pravilo da u slučaju ugovora u kome je jedna ugovorna strana potrošač, i ispunjeni su uslovi stava 1,²⁵ izbor nekog drugog merodavnog prava umesto prava zemlje potrošača ne može lišiti potrošača zaštite koju mu pružaju prinudni propisi u oblasti prava zaštite potrošača u njegovoj matičnoj zemlji. To u praksi znači da se na taj ugovor primenjuje mešavina izabranog prava i tih prinudnih propisa. Ovakvu kombinaciju pravnih pravila EK je htela da izbegne po svaku cenu i u tom cilju je ponudila sledeću pravnu konstrukciju: kada je izabran ZEPP, nezavisno od toga koje je nacionalno pravo izabrano pored, prinudni propisi zaštite potrošača ne mogu se primeniti jer je ZEPP istovremeno i deo potrošačevog matičnog prava, a uz to mu pruža i vrlo visok nivo zaštite, te za primenu prinudnih propisa praktično nema mesta.²⁶ Zapravo, sugeriše se da je izbor ZEPP u isto vreme izbor ZEPP i u jednom (trgovčevom ili nekom trećem) i u drugom (potrošačevom) pravu tako da je potrošač i pod zaštitom prava koje je identično njegovom u pogledu jedino bitnog režima - drugog

²³ Članovi 3. i. 8. predložene Uredbe.

²⁴ O odnosu, prednostima i manama ova dva instrumenta videti Law Commission Advice, str. 95-102.

²⁵ Ovi uslovi se odnose na to da trgovac aktivno usmerava svoje poslovanje ka zemlji potrošača.

²⁶ Predlog, str. 6, Recitali 10-12. Za više videti S. Whittaker, *op. cit.*, str.19-21.

ugovornog režima koji ustanovljava ZEPP. Prethodno postojeći ("prvi") režim potrošačevog nacionalnog prava se s pravnog aspekta jednostavno ignoriše u pogledu pitanja koje reguliše ZEPP, a dodatno opravdanje za takav postupak EK nudi u (prilično optimističkom) viđenju da s obzirom na visok nivo zaštite koja se pruža potrošačima redovni režim ionako ne bi imao šta više da ponudi u sadržaju svojih prinudnih propisa.

I pored relativne šturosti objašnjenja koje je EK ponudila u Predlogu, moguće je raščlaniti dva elementa u argumentaciji EK zašto se na ZEPP ne bi primenjivalo pravilo člana 6 (2) Rim I uredbe. Prvi element je čisto pravni, u smislu da prema stavu komisije nema nikakvih pravnih problema da izbor ZEPP jednostavno u potpunosti nadvlada bilo kakvu drugu odredbu konkretnog nacionalnog prava, a sve pod štitom ideje da ZEPP zapravo i jeste to nacionalno pravo s obzirom na iznenadnu "transformaciju režima" koju nacionalno pravo doživljava kada je ZEPP izabran. Drugi element je više zasnovan na uporednopravnom viđenju – tvrdnja komisije je, da se zaključiti, da sve i da se u potpunosti prihvati pravilo člana 6 (2) Rim I uredbe, ono je praktično irelevantno. Ni u jednom pravu članica EU, smatra komisija, nema odredbi koje nadmašuju zaštitu koju pruža ZEPP - te stoga nema ni odredbi koje bi pretendovale da se kao prinudne primene u zaštiti potrošača. Nažalost, ni jedan od dva isprepletana pravca argumentacije nije dovoljno uverljiv da bi izdržao ozbiljnu kritičku analizu.

Krenimo redom. Stav da strane izborom ZEPP mogu jednostavno njime u potpunosti zameniti nacionalno pravo u domenu koji ZEPP reguliše je apsolutno protivan kako tekstu tako i cilju zbog kojeg je član 6 Rim I uredbe uopšte i donet u takvom obliku. Jednostavno, cilj da potrošač izborom nekog drugog prava ne bude u goreem položaju nego po svom matičnom pravu nužno ostaje isti sve i da je to drugo pravo nastalo od strane evropskih institucija. Pokušaj da se to zaobiđe idejom da je ZEPP zapravo u neku ruku izbor dva prava u isto vreme, pri čemu prethodno postojeće pravo matične zemlje potrošača volšebno u potpunosti biva zamenjeno sa ZEPP u oblasti koje reguliše je ne samo dosad nezabeležena pravna konstrukcija već je i neodrživa jer je u potpunoj suprotnosti sa konceptom prinudnih propisa i celovitog shvatanja jednog pravnog sistema. Od strane pobornika, očigledni nedostaci u pravnom rezonovanju koje ovakav predlog sadrži maskiraju se idejom da je ZEPP jedan sui generis koncept i da ga kao takvog treba bespogovorno prihvatiti, verovatno zarad ostvarenja korisnih ciljeva kojima

se teži.²⁷ Drugi autori, možemo reći i realniji, sasvim otvoreno ukazuju na manjkavosti i na pravnu nesigurnost koja proističe iz predloga u ovakvom obliku.²⁸

Rešenje ovih pravnih dilema moglo bi biti shvatanje da bi Uredba kao *lex posteriori* jednostavno izmenila Rim I uredbu i isključila primenu člana 6 (2) kada je ZEPP izabrano. U ustavnopravnom smislu prepreka za to nema jer su oba instrumenta istog nivoa pravne snage. Ostavivši zasad na stranu pitanje pravno-političke opravdanosti ovakvog rešenja kojim se potencijalno smanjuju prava potrošača, ni sa čisto pravnog aspekta ovakvo shvatanje nije opravdano jer, kao što je već navedeno, sam Predlog izričito propisuje da se njime ne menjaju niti u bilo kom delu derogiraju Rim I i Rim II uredbe. Dakle, jedino što ostaje je prilično neuverljivo pravno manevrisanje EK u pokušaju da se izbegne član 6 Rim I uredbe.

Nije uverljivija ni teza da je ZEPP toliko potpun u pogledu pravne zaštite potrošača da nijedan drugi nacionalni pravni sistem zemalja članica ne bi imao šta dodatno da ponudi. Iako je nivo zaštite potrošača u ZEPP visok, tvrdnja da nema još povoljnijih odredbi za potrošače jednostavno nije tačna. Kako navodi doktrina, ZEPP u izvesnom broju segmenata zaštite potrošača zaista predstavlja vrhunac ali drugi "vrhovi" zaštite nisu dostignuti.²⁹ Ovo opovrgava tvrdnje EK sadržane u Predlogu o praktičnoj beznačajnosti člana 6 Rim I uredbe.

Čak i da se ostane na tome jasno je da je EK podložna kritici, ali se problemi u pogledu pravne zaštite potrošača tu ne završavaju. Pravna osnova koju je EK predložila za donošenje ZEPP je član 114. Sporazuma o funkcionisanju Evropske unije,³⁰ konkretno stav 1. koji ovlašćuje donošenje akata od strane Evropskog parlamenta i Saveta u cilju aproksimacije prava država članica a sve zarad ustanovljenja i funkcionisanja unutrašnjeg zajedničkog tržišta. Na

²⁷ M. Hesselink, *op. cit.*, str. 3, 6-7.

²⁸ S. Whittaker, *op. cit.*, str. 20; G. Rühl, *op. cit.*, str.10-11.

²⁹ E. Clive, Roundtable at the Maastricht University Brussels Campus, dostupno na adresi: <http://www.law.ed.ac.uk/epln/blogentry.aspx?blogentryref=8824>, 10.12.2012; G. Rühl, *op. cit.*, str. 11.

³⁰ Predlog, str. 8; Tekst sporazuma dostupan je na adresi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:en:PDF>, 10.12.2012.

stranu debate o tome da li ovaj član uopšte može biti ispravan pravni osnov,³¹ ono što je ovde od značaja je stav 3. istog člana koji zahteva od EK da u svojim predlozima akata ovim telima koji se tiču između ostalog i zaštite potrošača - obavezno polazi od visokog nivoa zaštite uzimajući pritom u obzir sva nova dešavanja na određenom polju. EK predlogom koji od početka ne sadrži sve najviše postojeće standarde, a pritom teži da onemogući i primenu novijih i/ili boljih rešenja u slučaju izbora ZEPP krši pomenuti stav i time podriva osnove da ovaj instrument uopšte bude i donet.

Poseban problem ovakvog predloga EK je i to što sve i da su navodi o visini standarda zaštite potrošača tačni u trenutku eventualnog usvajanja Uredbe, to ne znači da bi takva situacija nužno ostala u budućnosti. Sasvim je moguće i očekivano da države članice dalje unapređuju pravo zaštite potrošača, posebno imajući u vidu razvoj novih proizvoda i sadržaja koji mogu zahtevati nove mere i rešenja. Za to vreme ZEPP, što je doduše problem i međunarodnih multilateralnih konvencija, ostaje zamrznut u jednom vremenskom trenutku. EK je ovakav razvoj pokušala donekle da predupredi članom 15. Uredbe koji predviđa obavezu revizije sprovođenja ZEPP i svih relevantnih dešavanja u polju zaštite potrošača kao i obavezu EK da posle 5 godina od početka primene ZEPP Evropskom parlamentu, Savetu i Socijalnom komitetu predstavi detaljan izveštaj u ovom smislu. Izričita obaveza unapređenja i osavremenjavanja ZEPP ne postoji što u praksi znači da je za očekivati da dešavanja na ovom polju budu pod uticajem trenutne političke konstelacije i pravno-političkog usmerenja određenog sastava EK. Sve to opet znači da ako se nacionalna prava budu razvijala brže od ZEPP, što je za očekivati, ZEPP postaje progresivno manje privlačan potrošačima i uz to na udaru udruženja za zaštitu potrošača (što je uostalom već i slučaj)³² a samim tim manje privlačan i trgovcima. To sve umanjuje mogućnost da željeni ciljevi EK budu ostvareni.

U zaključku ovog dela može se konstatovati da Predlog EK ima ozbiljnih pravnih manjkavosti u pokušaju da ostvari jedan od ključnih ciljeva -

³¹ Više o tome M. Hesselink, J. Rutgers, T. de Booy, *The legal basis for an optional instrument on European contract law*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2007/04, Amsterdam, 2007, dostupno na adresi: <http://ssrn.com/abstract=1091119>, 10.12.2012.

³² Videti komentare Evropske organizacije potrošača u BEUC, *Common European Sales Law The Commission's proposal for a regulation (COM(2011) 635 final) - BEUC's preliminary position, 2012*, dostupno na adresi: <http://www.beuc.org>, 10.12.2012.

izbegavanja dejstva člana 6 Rim I uredbe zarad autonomnosti i jednoobraznosti primene ZEPP. O dubljim uzrocima toga i mogućim opcijama koje su pred EK biće više reči u zaključku.

2. Kolizija sa članom 9 Rim I uredbe

Problem kolizije sa članom 6, odnosno protivrečnost između pravila ovog člana i namere EK u pogledu ZEPP, javlja se u sličnom obliku u pogledu člana 9 Rim I uredbe. Ovaj član reguliše primenu pravila javnog poretka čija je osnovna karakteristika da se primenjuju u svim situacijama u kojima je u pitanju očuvanje osnovnih političkih, društvenih i ekonomskih načela jednog pravnog poretka, nezavisno od normi nekog drugog izabranog prava.³³ U pogledu ZEPP mogu se identifikovati dva problema, jedan više a drugi nešto manje očigledan.

Prvo, jasno je da bi apsolutno doslovna primena člana 11. Predloga negirala državama članicama mogućnost da primene norme javnog poretka u pitanjima koje reguliše ZEPP. Iako je tačno da se ove norme javnog poretka imaju primeniti samo u izuzetnim slučajevima, što potvrđuje i sama Rim I uredba,³⁴ sasvim je jasno da javni poredak ostaje vrlo korisna krajnja mera koje nijedan pravosudni sistem ne bi bio spreman lako da se odrekne. Stoga je i teško zamislivo da bi Uredba, sve da je takva zamisao EK i postojala, mogla da dovede do tako radikalnog menjanja i ograničavanja prava država članica. Pritom treba imati i dalje u vidu da Predlog deklarativno ostavlja Rim I uredbu u potpunosti na snazi. Kao ispravan zaključak se zato nameće da pravo država, odnosno njihovih sudova, da primenjuju norme javnog poretka ostaje netaknuto.

Iz toga proizlazi još jedna značajna potencijalna poteškoća za sprovođenje zamisli o potpuno jednoobraznoj primeni ZEPP, koja na prvi pogled nije toliko očigledna ali se jasnije sagledava kada se prethodni zaključak o normama javnog poretka posmatra u kombinaciji sa pitanjima koja po samom ZEPP ostaju izvan domašaja ovog instrumenta.³⁵ Ovde je od posebnog značaja pitanje nelegalnosti i nemoralnosti (eng. *illegality and immorality*) ugovora, koje ostaje da bude rešavano prema nacionalnom pravu.

³³ Za više o normama javnog poretka videti T. Varadi *et al*, *Međunarodno privatno pravo*, 2008, str. 151-163.

³⁴ Rim I uredba, Recital 37.

³⁵ Predlog, Recital 27.

Ovo je zapravo područje gde norme javnog poretka upravo imaju veliki značaj što logično otvara mogućnost sudovima da ekstenzivnim tumačenjem koje su to norme javnog poretka a u pogledu pitanja nelegalnosti i nemoralnosti ipak sprovede neke od prinudnih propisa za zaštitu potrošača, čiju bi primenu EK eventualno htela da suzbije. Opasnost po zamisli o jednoobraznoj primeni je jasna – sve i da ideja EK o neprimenjivanju člana 6 (2) uspe, ostaje realna mogućnost da se norme o zaštiti potrošača ponovo jave kroz član 9. Sasvim je moguće da će u sudovima članica EU, koje su posebno okrenute ka maksimalnoj zaštiti potrošača, norme o njihovoj zaštiti biti smatrane kao fundamentalne za očuvanje javnog poretka - iako to možda u redovnom toku stvari i ne bi bio slučaj da ZEPP ne pokušava da zaobiđe član 6 Rim I uredbe.

Čini se da ne postoji čisto pravna mogućnost da se nešto ovakvo spreči a da ne dođe do isuviše dubokog zadiranja u prava država članica EU. Stoga EK rešenje izgleda vidi u potenciranju stava da se član 9 ima primenjivati samo izuzetno, uzdajući se u to da su norme o zaštiti potrošača u ZEPP zaista toliko usavršene da nacionalni sudovi neće dolaziti u iskušenje da posežu za normama javnog poretka. Zanimljivo je videti kako EK insistira na doslovnoj primeni Rim I uredbe (i to ne članova, već recitala) u pogledu jednog člana (člana 9), dok s druge strane zastupa nemošto zaobilazanje drugog člana (člana 6).

3. Problemi kada je jedna ugovorna strana van EU

Kako je već i navedeno osnovna ideja EK je da se izbor ZEPP vrši u okviru nekog prava od država članica EU. To pravo reguliše ostala pitanja vezana za pravni odnos. Do tog prava neke od zemalja članica dolazi se bilo autonomijom volje ugovornih strana bilo primenom pravila MPP. Problem nastaje kada se uzme u obzir to da je namera EK da ZEPP bude dostupan ugovornim stranama i kada je samo jedna od njih iz države članice EU.³⁶ U tom slučaju potrebno je analizirati kakvi problemi mogu nastati u pogledu situacija kada su obe ugovorne strane trgovci i kada je jedna od strana potrošač.

Kada su obe strane trgovci, sasvim je moguće zamisliti situaciju u kojoj je prodavac iz zemlje van EU a kupac MSP iz EU, pri čemu su se strane dogovorile o primeni ZEPP ali nisu pritom utvrdile i merodavno pravo za

³⁶ Član 4(2) i (3) Uredbe, Recital 14.

ugovor, smatrajući možda da je poziv na ZEPP dovoljan. U tom slučaju, i prema pravilima Rim I uredbe kao i Haških konvencija o pravu koje se primenjuje na ugovore o međunarodnoj prodaji robe iz 1955. i 1986. godine, merodavno pravo za ugovor je pravo činioca karakteristične prestacije.³⁷ To je u ovom slučaju prodavac, te je merodavno pravo pravo neke zemlje van EU, na primer srpsko. Osnovna posledica je da u takvoj konstelaciji ZEPP nije nikakav "drugi ugovorni režim" jer ZEPP nije deo srpskog prava. Jednostavno, prema samom ZEPP, nema mogućnosti da ono bude primenjeno u zamišljenom obimu. Obim u kome će ZEPP biti relevantan isključivo zavisi od srpskog prava i spremnosti da mu se prizna status izabranih uslova i odredbi ugovora, koje bez izuzetka ostaju podložne primeni svih prinudnih propisa srpskog prava. U pogledu srpskog prava ovo možda i ne bi predstavljalo preveliki problem s obzirom na pripadnost našeg prava evropskoj pravnoj tradiciji, ali je više nego moguće uvideti do kakvih problema to može dovesti ako je merodavno pravo na primer kinesko ili pravo neke od zemalja šerijatskog prava. U svakom slučaju, ishod u kome ZEPP gubi svoju zamišljenu pravnu snagu i svodi se na nivo izabranih ugovornih pravila predstavljao bi neprijatno iznenađenje za trgovce koji bi se za njega opredelili.

Postoje u tom smislu shvatanja, ne bez osnova, da bi izbor ZEPP u isto vreme trebalo da označava i izbor od strane stranaka prava koje ZEPP daju punu pravnu snagu, pre svega prava zemlje kupca.³⁸ Ono što je jasno je da je prema sadašnjem predlogu tako nešto neostvarivo. Jedna od opcija je da se u tom smislu izričito promeni Rim I uredba, što nije trenutno pravno-politički realno, a i dalje ne rešava problem sa Haškom konvencijom iz 1955. godine. Druga moguća opcija je da sudovi svih zemalja pred kojima bi se vodili sporovi vezani za ZEPP prihvate u ovakvim situacijama shvatanje o implicitnom izboru zemlje kupca, što se takođe čini kao krajnje neizvesno. Treća i najrealnija opcija bi bila da se u sam ZEPP unese odredba kojom se u ovakvim situacijama smatra da je izabrano pravo zemlje kupca, te bi tako ugovorne strane autonomijom volje - izborom ZEPP - istovremeno birale i pravo zemlje kupca.

³⁷ Više o ovome, T. Varadi *et al*, *op. cit.*, str. 391-392.

³⁸ U tom smislu G. Cuniberti, *Common European Sales Law and Third State Sellers*, dostupno na adresi: <http://conflictoflaws.net/2012/common-european-sales-law-and-third-state-sellers/>, 10.12.2012.

Ukoliko se kao strana u ugovoru nađe kupac potrošač, situacija se dodatno komplikuje kada se primenjuje Rim I uredba. Haška konvencija ovde nije relevantna jer ne sadrži posebne odredbe o potrošačima i u tom slučaju prethodna analiza u potpunosti ostaje na snazi. Problematična situacija je u ovom slučaju kada je kupac (tj. potrošač) u zemlji van EU. Ukoliko se primenjuje član 6 Rim I uredbe, dolazi se opet do prava koje je van EU i stoga ZEPP opet ne može imati zamišljenu pravnu snagu, što nas vraća na gore rečeno u pogledu ugovora između trgovaca. Ono što bi trebalo imati na umu je da ukoliko to želi da se izbegne potrebno obrnuti pretpostavku koja bi mogla da važi u slučaju ugovora između trgovaca - pretpostavljeno merodavno pravo bi trebalo da bude pravo prodavca.

S druge strane, dodatni problem je što ovde i u slučaju da je izričito izabrano pravo države članice EU uz izbor ZEPP i time ispunjen uslov za "punu" primenu ZEPP, strane nikako ne mogu zanemariti pravo države porekla potrošača. Fikcija da je ZEPP u isto vreme izabran i u jednom i u drugom pravu sada ne može nikako biti primenjena, a slično je i sa pretpostavkom o tome da je ZEPP "isti ili bolji" od zaštite koja se trenutno nudi u pravima zemalja članica EU. Dakle, ideja o potpunoj autonomiji i jednoobraznoj primeni ZEPP ni teorijski ne može da bude ostvarena kada su u pitanju potrošači iz zemalja van EU. Naravno, sasvim je legitimno reći da to i nije bio primarni cilj EK, ali smatramo da bi onda bilo sasvim uputno naglasiti u Uredbi da korisnici ZEPP ne mogu očekivati takav rezultat. Sadašnji tekst Predloga, kao i prateća objašnjenja EK, ovu bitnu činjenicu uopšte ne ističu.

Zaključak

U pogledu odnosa sa pravilima međunarodnog privatnog prava i zamisli kako bi ZEPP trebalo da ostvari predviđenu autonomnost i jednoobraznost u primeni na nivou EU konačni zaključak je da trenutni Predlog ima ozbiljnih manjkavosti. Pokušaj da se izbegne puna primena člana 6 Rim I uredbe izveden je pravno "nečisto", tako da bi se u sadašnjem obliku verovatno suočio sa neuspehom u praksi, odnosno divergentnom sudskom praksom u zemljama članicama EU. Može se pretpostaviti da bi u nekim zemljama prevladala potpuna primena postojećeg prava, što bi značilo i primenu prinudnih propisa u materiji zaštite prava potrošača. S druge strane, u nekim zemljama bi verovatno bila data veća težina namerama i željama EK, pa bi ZEPP bio primenjivan kako je Predlogom zamišljeno.

Slično je i sa članom 9 Rim I uredbe. Iako je jasno da se ni u jednoj zemlji sudovi ne bi odrekli primene normi javnog poretka (ni EK to ne očekuje), opasnost divergentne sudske prakse ostaje u oblasti tumačenja "nelegalnosti i nemoralnosti" ugovora, odnosno spremnosti sudova da u ove pojmove unesu

štošta od sopstvene pravne tradicije i sopstvenih shvatanja, kao i da uvedu dodatnu zaštitu potrošača zaobilaznim putem. Konačno, rešenja u pogledu situacija kada je jedna od ugovornih strana van EU su jednostavno nedovršena i potrebna im je dodatna razrada i dopuna.

Razlozi ovih manjkavosti mogu se, prema našem mišljenju, tražiti u dva pravca. Prvi je činjenica da je teško pomiriti nameru EK da se pravnom uniformnošću olakša poslovanje poslovnih subjekata sa već izgrađenim pravom zaštite potrošača na nivou EU i država članica. U Predlogu EK akcenat je stavljen na to da se trgovcima neposredno olakša poslovanje, a da potrošačima posredno bude bolje usled planiranog povećanja mogućnosti izbora i konkurencije, što bi trebalo da usledi kao posledica usvajanja ZEPP i to uz visok nivo zaštite koji se nalazi u njegovim odredbama. Takav akcenat nije u potpunom skladu sa neposrednom maksimalnom zaštitom potrošača kroz omogućavanje da potrošač uvek bude pod eventualno potpunijom zaštitom svog nacionalnog prava. Kada je u izboru između ove dve opcije tas pretegnuo na prvu opciju onda je takav izbor trebalo sprovesti do kraja i na pravnotehničkom planu, što nije učinjeno. Mišljenja smo da EK ipak na kraju, i pored zalaganja za izbegavanje apsolutno maksimalne zaštite potrošača zarad nešto drugačijeg koncepta, nije imala pre svega političke hrabrosti da to otvoreno izrekne i potpuno sprovede u Predlogu. Otud se mogu naći netačne tvrdnje o tome da je ZEPP apsolutno najviši standard zaštite potrošača ili prenategnute pravne konstrukcije kojima se pokušavaju izbeći neke odredbe Rim I uredbe bez njenog menjanja.

Drugi razlog koji može objasniti pre svega neke pravnotehničke nedorečenosti je činjenica da je EK telo predvođeno političarima sa vremenski ograničenim mandatom i izraženom željom da za svog mandata ostave nešto opipljivo, što bi ih pak kasnije preporučilo za novi mandat ili neku novu poziciju u briselskoj administraciji. Takođe, kako je autor ovih redova bio često u prilici da čuje od profesora povezanih sa projektima EK na kodifikaciji građanskog prava, počelo je ozbiljno da se postavlja pitanje šta će biti sa projektom (pre svega sa DCFR) u koji su uložena ne baš beznačajna budžetska sredstva. I zbog jednog i zbog drugog razloga čini se da je pritisak da Predlog izađe što pre bio jak. Može se sa sigurnošću reći da je i ovo uticalo na krajnji kvalitet predloženih rešenja.

Iako to verovatno nije politički uputno, najbolji predlog koji bi se mogao dati EK sa pravnog stanovišta u pogledu pitanja obrađenih u ovom radu je da nedvosmisleno i do kraja sprovede zamisao koju je imala od početka, ako želi da izbegne manjkavosti. To bi konkretno značilo da bi u paketu sa Predlogom trebalo promeniti i Rim I uredbu tako što bi se izričito navelo da se odredbe

člana 6(2) ne odnose na slučajeve kada je izabran ZEPP. Kako bi se sprečila situacija da to vremenom dovede do opadanja zaštite potrošača koji bi izabrali ZEPP, EK bi morala ozbiljno i dosledno da prati dešavanja na ovom polju i pravovremeno ažurira odredbe ovog instrumenta.

Kvalitet odredbi o zaštiti potrošača i njegovo konstantno unapređivanje bi kao efekat verovatno imalo i suzbijanje iskušenja sudova da sprovode sopstvenu politiku zaštite potrošača preko odredbi člana 9 Rim I uredbe. U takvim situacijama, insistiranje EK na tome da se norme javnog poretka zaista i primenjuju samo u izuzetnim situacijama bi imao puno opravdanje.

Konačno, u pogledu situacije kada je jedna od ugovornih strana van EU, potrebno je pre svega u tekstu Uredbe nedvosmisleno ukazati na to da u određenim situacijama zamišljena autonomija ZEPP ne može biti ostvarena. Pored toga, kako bi se što više izbegle nepoželjne situacije izbora ovog instrumenta u kombinaciji sa pravom zemlje van EU potrebno je dodati pretpostavke da izbor ZEPP istovremeno znači i izbor prava prodavca/kupca (u zavisnosti koji od njih je iz EU), što samo po sebi nije prevelika izmena. Sigurno je daleko lakše ostvariva od prateće izmene Rim I uredbe.

Trebalo bi na kraju reći da prognoze koje se iznose u doktrini u pogledu budućnosti ZEPP često nisu naročito svetle.³⁹ Ipak, za očekivati je da će Predlog, posle toliko uloženog rada i ambicioznih najava EK, ipak biti usvojen u nekoj formi. Kao relativno skoro proglašenom kandidatu za EU, Srbiji ovo pre svega može biti interesantno sa stanovišta usaglašavanja sa pravnim tekovinama (*acquis*) EU. S druge strane, uvid u manjkavosti koje Predlog ZEPP sadrži isto tako može biti vrlo značajan jer, preneto na teren prava u Srbiji, nije sve što dolazi iz EU podobno za nekritičko prepisivanje u pravo Srbije. Naprotiv, u okvirima fleksibilnosti koji se nude pri implementaciji prava EU, trebalo bi svaki transplant dobro i temeljno pretresti.

³⁹ S. Whittaker, *op. cit.*, str. 49-50; M. Loos, *Scope and Application of the Optional Instrument*, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper* No. 2011-14, 2011, dostupno na adresi: <http://ssrn.com/abstract=1890683>, 10.12.2012, str. 29-30.

Velimir Živković, LL.M, MJur (Oxford)*

Several Issues Regarding the Relationship of the Proposal of the Regulation on Common European Sales Law and EU International Private Law

Summary

Creation of a single European Union civil law represents a multi decade long political, legal and academic project. Its newest offspring is the European Commission proposal for the creation of a Common European Sales Law as an optional instrument for trans-boundary conduct of business. Despite this idea having some arguments in its favour, the current proposal is marred by significant legal shortcomings. This article the attention is drawn to the relation of this envisaged instrument and the existing international private law of the EU and problems arising therein. The issues of specific interest are the norms on the application of the consumer's home law, public order and situations when one of the contracting parties is not from the EU. The conclusion lists some of the potential reasons for the shortcomings and makes proposals on how these could be overcome.

Key words: EU Law harmonization - sale - international private law - consumer protection.

* Research Assistant Institute of Comparative Law, Belgrade.

Mr Vesna ĆORIĆ - ERIĆ*

Dr Aleksandra RABRENOVIĆ*

UDK:34(4-672-EU)
341.645(4-672-EU)

str. 117 - 135.

UTVRĐIVANJE OBLASTI PRIMENE OSNOVNIH PRAVA U EVROPSKOJ UNIJI

Apstrakt

U radu se analizira postepeno širenje oblasti primene osnovnih prava u EU. Autori nastoje da odgovore na pitanje da li je donošenje Povelje o osnovnim pravima u EU uticalo na proširenje oblasti primene koncepta osnovnih prava u EU. U tom cilju, u radu se upoređuje oblast primene osnovnih prava kao opštih pravnih načela koju je ustanovio Sud pravde svojom jurisprudencijom pre donošenja Povelje o osnovnim pravima u EU, sa poljem primene osnovnih prava koje utvrđuje Povelja. U radu se ukazuje na neusklađenosti koje postoje između, s jedne strane, člana 51. Povelje i, s druge strane, Objašnjenja u vezi sa tim članom. Rad takođe analizira presude Suda pravde EU, donete nakon što je Povelja stupila na snagu kako bi se sagledalo na koji način Sud pravde EU kao krajnji arbitar tumačenjem Povelje i objašnjenja uz Povelju otklanja postojeće tekstualne nedoslednosti.

Ključne reči: Oblast primene osnovnih prava u Evropskoj uniji, Sud pravde Evropske unije, Povelja o osnovnim pravima u Evropskoj uniji, Ugovor iz Lisabona.

* Istraživač saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd.

* Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd.

UVODNE NAPOMENE

Sud pravde (u daljem tekstu SP)¹ u svojoj praksi, već nekoliko decenija priznaje kao nesporan koncept obavezne sudske zaštite osnovnih prava u oblasti komunitarnog prava.² SP je tradicionalno pružao zaštitu ljudskih prava kao opštih pravnih načela jedino u oblasti prava Zajednice.³ Kroz dugogodišnju sudsku praksu, kao i putem Zvaničnih objašnjenja uz Povelju o osnovnim pravima u Evropskoj uniji koja se odnose na član 51,⁴ primena koncepta osnovnih prava proširila se tako da delimično obuhvata i materiju iz nekadašnjeg drugog i trećeg stuba,⁵ i trenutno se obezbeđuje "u okvirima prava Unije" (podvukao autor).⁶

I pored nastojanja da se katalog osnovnih prava normira Poveljom o osnovnim pravima u EU, SP je kroz svoju praksu nastavio da razvija koncept osnovnih prava, budući da Povelja ne obuhvata iscrpnu listu osnovnih prava.⁷ Čini se, međutim, da je SP u svojoj praksi propustio da precizno

¹ Ugovorom iz Lisabona Evropski sud pravde, čije je pravo ime do tad bilo Sud pravde Evropskih zajednica je promenio svoj naziv u Sud pravde Evropske unije. Za potrebe ovog rada će se upotrebljavati termin Sud pravde, kako kada se upućuje na njegovo delovanje pre, tako i nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona.

² D. Spielmann, "Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxemburg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities", *The EU and Human Rights* (eds. P. Alston, M. Bustelo, J. Heenan), Oxford University Press, New York, 1999, str. 762.

³ Za oblast primene komunitarnog prava u naučnim i stručnim krugovima upotrebljavaju se različiti izrazi kao što su "nadležnost", "okvir", "sfera", "domen" "polje" ili "područje" komunitarnog prava, V. D. Spielmann, *op. cit.*, str. 762-763; J. Weiler, N. Lockhart, "'Taking Rights Seriously' Seriously: The European Court of Justice and its Fundamental Rights Jurisprudence", *Common Market Law Review*, vol. 32, 1-2/1995, str. 62.

⁴ Zvanična objašnjenja uz Povelju predstavljaju autentično tumačenje odredbi Povelje. Priložena su uz tekst Povelje i objavljena u istom Službenom listu kao i sama Povelja. V. *OJ* 2007 C 303/17 navedeno prema I. Pernice, "The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights", *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?* (eds. S. Griller, J. Ziller), Springer, Wien & New York, 2008, str. 241.

⁵ A. Čavoški, "Pravosudni sistem EU u svetlosti Reformskog ugovora", *Strani pravni život*, br. 1/2009, str. 74-75.

⁶ A. T. Pérez, *Conflicts of Rights in the European Union, A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford 2009, str. 24.

⁷ Poveljom su, načelno govoreći, obuhvaćena prava koja su u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i osnovnim slobodama regulisana kao građanska i politička prava, odnosno prava prve generacije, ali se osim njih istovremeno predviđa zaštita i za tzv. prava druge i treće generacije. V. P. Mahoney, "The Charter of Fundamental Rights of the European

odredi pojam "oblasti primene komunitarnog prava odnosno prava Evropske unije (u daljem tekstu EU)" koji je od ključnog značaja za utvrđivanje sfere u kojoj se primenjuje koncept osnovnih prava u EU."⁸

Cilj ovog rada je analiza primene koncepta osnovnih prava EU pre i nakon stupanja na snagu Povelje o osnovnim pravima EU. U radu se najpre prikazuje značaj određivanja preciznih granica "oblasti primene komunitarnog prava odnosno prava EU." Nakon analize oblasti primene osnovnih prava kao opštih pravnih načela, pristupa se proučavanju oblasti primene osnovnih prava na način utvrđen Poveljom o osnovnim pravima u EU (u daljem tekstu Povelja), kako bi se sagledalo da li je dodeljivanjem pravno obavezujuće snage Povelji došlo do širenja oblasti primene koncepta osnovnih prava u EU. U radu će se zatim ukazati na razlike i protivrečnosti koje postoje između, s jedne strane, člana 51. Povelje i, s druge strane, Objasnjenja u vezi sa datim članom kada je u pitanju određivanje oblasti primene osnovnih prava u pogledu nacionalnih mera država članica. Nakon toga pribegava se analizi sudskih odluka donetih nakon donošenja Povelje kako bi se sagledalo na koji način SP kao krajnji arbitar tumačenjem odredbi Povelje i Objasnjenja uz Povelju otklanja postojeće tekstualne nedoslednosti.

1. ZNAČAJ UTVRĐIVANJA PRECIZNIH GRANICA FORMULACIJE "OBLASTI PRIMENE KOMUNITARNOG PRAVA ODNOSNO PRAVA EU"

Prilikom utvrđivanja polja i granica primene koncepta osnovnih prava u EU potrebno je razlikovati procesnopravno i materijalnopravno pitanje razgraničenja nadležnosti između SP i nacionalnih sudova. Dok je kod procesnopravnog aspekta važno utvrditi nadležni sud koji će odlučivati u predmetima koji se tiču zaštite osnovnih prava, materijalnopravni aspekt odnosi se na utvrđivanje spektra situacija u kojima dolazi do primene materijalnog prava EU kojim se regulišu osnovna prava.

Union and the European Convention on Human Rights from the Perspective of the European Convention", *Human Rights Law Journal*, vol. 23, 8-12/2002, str. 300.

⁸ X. Groussot, L. Pech, "Fundamental Rights Protection in the European Union post Lisbon Treaty", Policy Paper, Foundation Robert Schuman, European Issue n°173, 14th June 2010, dostupno na adresi: http://www.robert-schuman.eu/doc/questions_europe/qe-173-en.pdf. 12.6.2011, str. 6; G. Gaja, "New Instruments and Institutions for Enhancing the Protection of Human Rights in Europe?", *The EU & Human Rights* (eds. P. Alston, M. Bustelo, J. Hennan), Oxford University Press, New York, 1999, str. 795.

U ovom radu ograničićemo se na pitanje pod kojim uslovima i u kojim okolnostima dolazi do primene materijalnih propisa EU kojima se regulišu osnovna prava. Procesnopravna problematika neće biti predmet našeg razmatranja.

U stručnim i naučnim krugovima preovladava shvatanje da je pojam "oblasti primene komunitarnog prava, odnosno prava EU," nedovoljno određen, što povlači i značajne praktične posledice.⁹ Tako, na primer, ukoliko se u konkretnom slučaju za osporenu nacionalnu meru oceni da ulazi u polje primene komunitarnog prava, odgovarajuće pravno sredstvo se podnosi, pre svega, nadležnom nacionalnom sudu ili direktno SP, ukoliko su ispunjeni uslovi za direktnu tužbu, s tim da su oba suda obavezni da na dati slučaj primene materijalnih propisa EU. Nacionalni sud ili tribunal države članice pred kojim se vodi postupak ima mogućnost (odnosno obavezan je da ukoliko je reč o najvišoj nacionalnoj instanci) da u tim slučajevima podnese SP zahtev za dobijanje prethodnog mišljenja u vezi sa tumačenjem prava EU ili valjanošću akata koje su doneli organi EU.¹⁰ Nasuprot tome, ukoliko se u određenom slučaju za osporenu nacionalnu meru utvrdi da ne potpada pod oblast primene komunitarnog prava nadležni nacionalni sud u takvim slučajevima primenjuje isključivo ustavnopravne propise odnosne države članice. SP u tim situacijama ne učestvuje u odlučivanju, već se pravni lek protiv pravosnažne presude suda ili tribunala države članice može podneti isključivo Evropskom sudu za ljudska prava (ESLJP).¹¹ Zbog toga preciziranje sadržine formulacije "oblasti primene komunitarnog prava odn. prava EU" ima ne samo teorijski, već i praktičan domašaj.

Fluidnost i nedovoljna preciznost date formulacije dovodi u praksi do brojnih problema. Zbog propuštanja da se preciziraju jasne granice i domašaj formulacije "oblast primene komunitarnog prava", ostaje sporno da li u određenim situacijama dolazi do primene standarda zaštite osnovnih prava

⁹ X. Groussot, L. Pech, *op. cit.*, str. 6; G. Gaja, *op. cit.*, str. 795.

¹⁰ A. Čavoški, *op. cit.*, str. 79.

¹¹ A. G. Toth, "The European Union and Human Rights: The Way Forward", *Common Market Law Review*, 34/1997, str. 496-510; Commission Staff Working Document accompanying document to the 2010 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights, Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 2010 Report, SEC(2011) 396 final, dostupno na adresi: http://ec.europa.eu/justice/policies/rights/docs/sec_2011_396_en.pdf, 13.7.2012, str. 5.

koje predviđa komunitarno pravo.¹² Naročito sporne su situacije koje potpadaju pod treću kategoriju nacionalnih mera koje ulaze u oblast primene prava EEZ/EZ/EU u širem smislu, a o kojima će biti više reči kasnije u radu. U pitanju su mere država članica koje su samo neznatno povezane sa pravom EEZ/EZ/EU.

Stupanjem na snagu Povelje o osnovnim pravima 2009. godine, stvorena je dodatna konfuzija u tumačenju primene propisa EU u oblasti osnovnih prava. Naime, član 51. Povelje je ograničio oblast primene Povelje, kada su u pitanju mere država članica, samo na situacije kada se sprovodi pravo EU. Insistiranjem na tome da se Povelja odnosi samo na situacije "sprovođenja", prava EU, član 51. Povelje je donekle neusaglašen sa Objasnjenjima u kojima se navodi da je Povelja obavezujuća za države članice kada postupaju "u okviru oblasti primene prava EU."

2. ODREĐIVANJE OBLASTI PRIMENE OSNOVNIH PRAVA KAO OPŠTIH PRAVNIH NAČELA

U početku razvoja sudske prakse SP u sferi osnovnih prava, standardi zaštite osnovnih prava, kao opšta načela komunitarnog prava odnosno prava EU, primenjivali su se pri oceni valjanosti i tumačenju mera koje su doneli organi EEZ/EZ/EU, kao i prilikom razmatranja nacionalnih mera država članica, ali jedino kada postupaju u okviru oblasti primene prava EEZ/EZ/EU, kako bi sprovele ili odstupile od određenog prava koje se jemči u poretku EEZ/EZ/EU.¹³ Polje primene osnovnih prava kao opštih pravnih načela vremenom se širilo delovanjem SP tako da je počelo da obuhvata i one nacionalne mere koje na drugi način potpadaju u oblast primene komunitarnog prava.¹⁴

2.1. Kontrola mera organa EU u pogledu usklađenosti sa osnovnim pravima kao opštim pravnim načelima

Na samom početku svog delovanja SP je odbijao da kontroliše kako komunitarne, tako i nacionalne mere u nizu predmeta po pitanju njihove usklađenosti sa osnovnim pravima. Takvo postupanje je pravdano kako

¹² G. Gaja, *op. cit.*, str. 795.

¹³ S. Peers, "The Beneš Decrees and the EU Charter of Fundamental Rights", 12 October, 2009, dostupno na adresi: <http://www.statewatch.org/news/2009/oct/lisbon-benes-decree.pdf>, 12.5.2010, str. 2.

¹⁴ G. Gaja, *op. cit.*, str. 795.

odsustvom kataloga osnovnih ljudskih prava u Osnivačkim ugovorima, tako i nepostojanjem izričite nadležnosti SP da ispituje akte u pogledu povrede datih prava.¹⁵

Međutim, SP je, nakon izvesnog vremena, izmenio svoj stav kako bi uticao na nacionalne sudove da što potpunije prihvate načela suprematije i direktnog dejstva. Stoga je započeo kontrolu usklađenosti osnovnih prava sa merama *institucija Zajednice* upućujući na osnovna prava kao "sastavni deo opštih načela komunitarnog prava" koja proizilaze iz zajedničke ustavne tradicije država članica i na Evropsku konvenciju o ljudskim pravima (*podvukao autor*).¹⁶ Nakon dosledne višedecenijske sudske prakse po tom pitanju,¹⁷ SP je u Mišljenju 2/94, još jednom, nedvosmisleno potvrdio da "poštovanje ljudskih prava predstavlja uslov zakonitosti komunitarnih akata."¹⁸

Među autorima se isticalo da je izložen sudski pristup zaštiti ljudskih prava neadekvatan, budući da ne vodi ka uspostavljanju efikasnog režima zaštite ljudskih prava u EU. Stoga se zagovaralo širenje oblasti primene komunitarnog prava kako bi se i nacionalne mere država članica podvrgle sudskoj kontroli usklađenosti sa osnovnim pravima.¹⁹

¹⁵ Predmet 1/58, *Friedrich Stork & Co v. High Authority of the ECSC*, [1959] ECR 17; Spojeni predmeti 36, 37, 38 i 40/59, *Präsident Ruhrkolen-Verkaufsgesellschaft mbH v. High Authority*, 1960 E.C.R. 423 (1960).

¹⁶ R. Lawson, "Confusion and Conflict? Divergent Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg", *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers* (eds. R. Lawson and M. de Blois), Kluwer Academic Publishers, USA 3/1994, str. 224.

¹⁷ U tom svetlu su, između ostalog, donete sledeće presude: Case 29/69, *Stauder v. City of Ulm*, 1969 E.C.R. 419, [1970] 19 C.M.L.R. 112 (1970) i Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 1970 E.C.R. 1125, 1134, [1972] C.M.L.R. 255, 283 (1972), V. D. S. Binder, (1995), 2; Case 44/79, *Hauer v. Land Rheinland - Pfalz* [1979] ECR 3727, pasusi 14 i 15, navedeno prema J. H. H. Weiler, S. C. Fries, "A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences", *The EU and Human Rights* (ed. P. Alston), Oxford University Press, Oxford, 1999, str. 154.

¹⁸ Opinion 2/94, [1996] ECR I-1759, navedeno prema D. Spielmann, *op. cit.*, str. 763.

¹⁹ Y. Dogan, "The Fundamental Rights Jurisprudence of the European Court of Justice: Protection for Human Rights within the European Union Legal Order", *Ankara Law Review*, Vol. 6, No. 1/2009, str. 58.

2.2. Širenje oblasti primene osnovnih prava kao opštih pravnih načela kroz praksu SP

SP je postepeno, kroz svoju praksu, proširivao oblast primene osnovnih prava na mere država članica u sledećim situacijama:²⁰

- 1) kada država članica postupajući u okviru oblasti prava EEZ/EZ/EU, sprovodi pravo EEZ/EZ/EU;²¹
- 2) kada država članica postupajući u okviru oblasti primene prava EEZ/EZ/EU odstupa od obaveza predviđenih pravom EEZ/EZ/EU odnosno kada je reč o pokušaju da se odstupi od propisa koji se odnose na četiri velike slobode;²²
- 3) kada država članica deluje u okviru oblasti primene osnovnih prava EEZ/EZ/EU shvaćenih u širem smislu, a da pri tome niti strogo sprovodi pravo EEZ/EZ/EU, niti odstupa od osnovnih sloboda koje se jemče pravom EEZ/EZ/EU.²³

2.2.1. Nacionalne mere kojima se sprovodi pravo EU

U prvoj grupi slučajeva reč je o situacijama gde se ocenjuje usklađenost nacionalnog zakonodavstva sa osnovnim pravima kao opštim pravnim načelima koji čine sastavni deo komunitarnog prava,²⁴ kao uopšte i o svim slučajevima kada se razmatra postupanje država članica kada sprovode komunitarno pravo.²⁵

Vajler (*Weiler*) i Frajs (*Fries*) smatraju da je proširivanje nadležnosti na date situacije u potpunosti opravdano. Naime, ukoliko se pođe od toga da se nadležnost SP u domenu osnovnih prava odnosi ne samo na formalne

²⁰ J. H. H. Weiler, S. C. Fries, *op. cit.*, str. 161.

²¹ S. Peers, *op. cit.*, str. 2.

²² Protiv proširivanja oblasti primene na ovu kategoriju nacionalnih mera zalagao se i opšti pravobranilac Džekobs. V. F. G. Jacobs, "Human Rights in the European Union: The Role of the Court of Justice", 26 *European Law Review*, 2001, str. 336-337; X. Groussot, L. Pech, *op. cit.*, str. 6.

²³ A. T. Pérez, *op. cit.*, str. 18-19.

²⁴ Case 22/84 *Johnston* [1986] ECR 1651; F. G. Jacobs, *op. cit.*, str. 336-337; X. Groussot, L. Pech, *op. cit.*, str. 6.

²⁵ Case 63/83 *R v. Kent Kirk* [1984] ECR 2689, Case 5/88, *Wachauf v. Germany* [1989] ECR 2609, Spojeni predmeti 201 i 202/85, *Klensch v. Secrétaire d'Etat á l'Agriculture et á la Viticulture* [1986] ECR 3477, navedeno prema J. H. H. Weiler, S. C. Fries, *op. cit.*, str. 161.

normativne izvore Zajednice, već i na njihovo sprovođenje, onda je zaista nesporno mišljenje opšteg pravobranioca Džekobsa (*Jacobs*) u predmetu *Vakuf (Wachauf v. Germany)*, koji tvrdi da mere država članica kojima se sprovede komunitarni propisi treba da se podvrgnu kontroli u pogledu usklađenosti sa osnovnim pravima.²⁶ Naime, puko uvažavanje krute terminološke podele koja razgraničava akte država članica od akata Zajednice dovela bi do nepodvrgavanja kontroli akata država članica. Radilo bi se o pravno nedoslednom postupanju koje bi u praksi dovodilo do apsurdnih situacija. Teško bi se osnovano moglo objasniti zbog čega bi, na primer, u slučaju odgovornosti Komisije za sprovođenje određenog akta usledila sudska kontrola datog akta, dok bi, ukoliko je reč o odgovornosti država članica, takvo preispitivanje izostalo.²⁷

2.2.2. Nacionalne mere kojima se odstupa od propisa koji se odnose na četiri velike slobode

U drugoj grupi slučajeva u pitanju je sudska ocena usaglašenosti nacionalnih akata sa osnovnim pravima kao opštim načelima koja predstavljaju sastavni deo prava EU kada države članice usvajanjem akata odstupaju od komunitarnog prava odnosno od propisa koji se odnose na četiri velike slobode. Da bi odstupanja od četiri osnovne slobode bila dopuštena moraju da se preduzmu u skladu sa razlozima propisanim članom 30. Ugovora o EZ (sadašnji član 36. UFEU) ili na osnovu "obaveznih uslova" utvrđenih u predmetu *Cassis de Dijon*.²⁸ Kao preduslov zakonitosti tih odstupanja SP je vremenom počeo da zahteva i njihovu usaglašenost sa osnovnim pravima EU.²⁹

Do kraja osamdesetih godina prošlog veka, SP se smatrao nenadležnim u slučajevima kada su odstupanja od propisa koji se odnose na četiri osnovne slobode bila izvršena u javnom interesu i pri tome nisu bila diskriminatorna. Drugim rečima, SP je tvrdio da takva odstupanja ne spadaju u njegovu nadležnost i da stoga nije ovlašćen da preispituje njihovu usklađenost sa

²⁶ D. Spielmann, *op. cit.*, str. 764.

²⁷ J. H. H. Weiler, S. C. Fries, *op. cit.*, str. 161.

²⁸ Case 120/78 *Rewe-Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (*Cassis de Dijon*) [1979] ECR 649, navedeno prema Y. Dogan, *op. cit.*, str. 61.

²⁹ J. H. H. Weiler, S. C. Fries, *op. cit.*, str. 163.

osnovnim pravima kao opštim pravnim načelima koja predstavljaju sastavni deo komunitarnog prava.³⁰

SP je, u toku poslednje dve decenije, izmenio svoj stav, te je u presudi u slučaju *ERT v. DEP* (u daljem tekstu *ERT*),³¹ po prvi put istakao da je odstupanje od propisa o četiri osnovne slobode dozvoljeno jedino ukoliko se istovremeno poštuju osnovna prava kao opšta pravna načela koja čine sastavni deo komunitarnog prava. Naime, stanovište SP da "mere koje nisu u skladu sa poštovanjem ljudskih prava, koja se priznaju i jemče [u pravu Zajednice], ne mogu biti dopuštene u Zajednici"³² ukazuje na unapređenje zaštite ljudskih prava budući da se valjanost mera koje spadaju u ovu kategoriju ocenjuje u svetlu usklađenosti sa osnovnim pravima. Ovaj pristup je naknadno bio potvrđivan, između ostalog, u predmetima *Familijapres*³³ i *Karpinter*.³⁴

2.2.3. Druge mere na koje se takođe, u širem smislu, primenjuje pravo EEZ/EZ/EU

U trećoj grupi slučajeva polazi se od načelnog stanovišta SP kojim se naglašava da su prava EU obavezujuća u pogledu nacionalnih mera koje spadaju u oblast primene prava EU. Naime, širokim tumačenjem izraza "nacionalne mere koje spadaju u oblast primene prava EU" omogućava se podvođenje pod ovu kategoriju i onih nacionalnih mera kojima se niti sprovodi pravo EU, niti se odstupa od prava EU.³⁵ U doktrini se ističe da ova kategorija obuhvata nacionalne mere koje karakteriše samo neznatna povezanost sa pravom EU.³⁶

³⁰ Cases 60-61/84, *Cinetheque v. Federation Nationale des Cinemas Francais* [1985] ECR 2605, Case 12/86 *Demirel* [1987] ECR 3719, navedeno prema: Y. Dogan, *op. cit.*, str. 61-66.

³¹ Case 260/89, *Elleniki Radiophonia Tileorasi AE (ERT) v. Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirious Kouvelas* [1991] ECR I-2925.

³² *Ibid.*, pasus 4.

³³ C-368/95, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und Vertriebs GmbH v. Heinrich Bauer Verlag* [1997], navedeno prema: A. T. Pérez, *op. cit.*, str. 18.

³⁴ Case C-60/00, *Carpenter v. Secretary of State for Home Department* [2003] ECR I-6279, navedeno prema: Y. Dogan, *op. cit.*, str. 60.

³⁵ F. G. Jacobs, *op. cit.*, str. 336-337.

³⁶ P. Eeckhout, "The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question", 39 *Common Market Law Review*, 2002, str. 959-962.

Tako, na primer, u nekoliko slučajeva,³⁷ SP je odlučivao o usklađenosti nacionalnih mera afirmativne akcije sa načelom jednakog tretmana EU u skladu sa Direktivom 76/207/EEZ, od 9. februara 1976. godine "o primeni načela jednakog tretmana na muškarce i žene u pogledu pristupa zapošljavanju, profesionalnom obrazovanju i unapređenju i uslovima rada." Predmetne mere afirmativne akcije nisu bile, strogo uzevši, usvojene u cilju "sprovođenja" date direktive u nacionalni pravni poredak, te stoga predstavljaju poseban osnov proširenja nadležnosti.

Proširivanje nadležnosti SP takođe obuhvata i situacije kod kojih se pribeglo pozivanju na načelo zabrane diskriminacije na osnovu državljanstva kako bi se opravdalo kontrolisanje nacionalnih mera, koje karakteriše samo neznatna povezanost sa oblašću prava EU.³⁸ Načelo zabrane diskriminacije utvrđeno ranijim članom 12. Ugovora o EZ (sadašnji član 18. UFEU) predstavlja ključno načelo sistema EU. Ističući da nacionalne mere kojima se pravi razlika između državljana i nedržavljana mogu da ugroze ostvarivanje četiri osnovne slobode, SP je proširio svoja ovlašćenja, omogućivši tako podvrgavanje nacionalnih mera sudskoj jurisdikciji, čak i ukoliko ne postoji jasna povezanost sa oblašću prava EU.

Presuda u predmetu *Bickel i Franc* može u tom smislu da posluži kao dobar primer. Naime SP je našao u datom predmetu da se članom 6. Ugovora o EZ takođe pruža zaštita u krivičnim postupcima u slučaju postojanja diskriminacije na osnovu državljanstva.³⁹ Nacionalni sud se u ovom predmetu obratio SP sa pitanjem da li iz načela zabrane diskriminacije na osnovu državljanstva utvrđenog Ugovorom i prava na slobodno kretanje i boravak građana Unije proizilazi da se pravo na vođenje krivičnog postupka na nemačkom jeziku mora proširiti i na nedržavljanke. SP je odgovorio da iako pravila krivičnog postupka spadaju u domen nacionalne nadležnosti pravom Zajednice postavljaju se određena ograničenja u tom pogledu. Naime, "takvim zakonskim odredbama ne mogu da se diskriminišu osobe kojima pravo Zajednice pruža pravo na jednak tretman ili ograničava osnovne slobode koje se jemče komunitarnim pravom."⁴⁰ SP je, stoga, zaključio da s

³⁷ *Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93; *Hellmut Marschall v. Land Nordrhein Westfalen*, C-409/95; *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist*, C-407/98.

³⁸ P. Eeckhout, *op. cit.*, str. 959-962.

³⁹ Case C-274/96, *Bickel and Franz*, [1998] ECR I-7637, navedeno prema: G. Gaja, *op. cit.*, str. 795.

⁴⁰ Case C-274/96, *Bickel and Franz*, [1998] ECR I-7637, pasus 17.

obzirom da nacionalne odredbe o jeziku koji treba da se koristi u krivičnom postupku mogu da ugroze pravo državljana drugih država članica na jednak tretman pri korišćenju slobode kretanja i boravka u drugoj državi članici, date odredbe moraju da se usklade sa pravom na zabranu diskriminacije na osnovu državljanstva.⁴¹

Uz to, SP je još pre stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona, proširio primenu osnovnih prava EU i na mere institucija EU i država članica iz trećeg stuba koje se odnose na prostor slobode, bezbednosti i pravde regulisane Naslovom VI Ugovora o EU.⁴²

3. UTVRĐIVANJE OBLASTI PRIMENE OSNOVNIH PRAVA U SVETLU POVELJE O OSNOVNIM PRAVIMA U EU

U procesu izrade Povelje, određivanje oblasti primene prava EU pokazalo se kao jedno od najkontroverznijih pitanja. Postojalo je tako, u fazi izrade nekoliko formulacija člana 51. stava 1. Povelje kojima se propisivala oblast njene primene. Sudija SP *Von Danwitz*, naglašava da je u toku izrade člana 51. Povelje, kao preširoko postavljen, odbačen predlog da se Povelja učini obavezujućom u pogledu nacionalnih mera država članica kada postupaju "u okviru oblasti primene prava Unije".⁴³

Konačnom verzijom člana 51. Povelje definiše se restriktivno oblast primene prava EU. Njome se ograničava sudska kontrola određenih vrsta nacionalnih mera država članica u pogledu usklađenosti sa osnovnim pravima koja se jemče Poveljom.⁴⁴ Tako se članom 51. propisuje da se odredbe Povelje odnose na države članice "jedino kada sprovode pravo EU".

Ukoliko se uporedi oblast primene osnovnih prava kao opštih pravnih načela koju je ustanovio SP kroz svoju praksu pre donošenja Povelje sa poljem primene osnovnih prava koje je utvrđeno članom 51. Povelje, stiče se utisak da član 51. Povelje definiše znatno užu oblast primene osnovnih prava kada

⁴¹ A. T. Pérez, *op. cit.*, str. 20.

⁴² *Advocaten loor de Wereld VZW v Leden van de Ministerraad*, C-303/05, pasus 52, navedeno prema: T. Pérez, *op. cit.*, str. 22.

⁴³ G. de Búrca, "The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights", 26 *European Law Review*, 2001, str. 136-137; I. Pernice, "Integrating the Charter of Fundamental Rights into the Constitution of the European Union: Practical and Theoretical Propositions", 10 *Columbia Journal of European Law*, 2003-2004, str. 23-25.

⁴⁴ Y. Dogan, *op. cit.*, str. 72; A. T. Pérez, *op. cit.*, str. 23.

su u pitanju nacionalne mere država članica. Tako se čini da formulacijom "jedino kada se sprovodi pravo EU" nisu obuhvaćene kategorije nacionalnih mera kojima se odstupa od odredbi Ugovora, kao i nacionalne mere koje su neznatno povezane sa pravom EU.⁴⁵

Međutim, pri sveobuhvatnoj analizi restriktivne formulacije člana 51. stava 1. Povelje mora da se uzme u obzir i tekst Zvaničnih objašnjenja uz Povelju koji se odnosi na ovu odredbu i koji predstavlja autentično tumačenje date odredbe kako bi se što preciznije utvrdila oblast primene Povelje.⁴⁶ U paragrafu 2. Objašnjenja u vezi sa članom 51. Povelje ističe se da "[...] nedvosmisleno proizilazi iz prakse SP da je uslov poštovanja osnovnih prava, definisan u kontekstu Unije, obavezujući za države članice samo kada deluju u oblasti primene prava Unije." Objašnjenja uz dati član, dakle, iznova upućuju na praksu SP gde se osnovna prava tretiraju kao opšta pravna načela, navodeći, između ostalog, sledeće slučajeve: *Vakuf, ERT i Anibaldi*.⁴⁷

Dakle, iz eksplicitnog pozivanja na praksu SP koja prethodi Povelji, kao i činjenice da su države članice obavezne da poštuju osnovna prava propisana Poveljom isključivo kada deluju u oblasti primene prava EU, proizilazi da države članice nisu u obavezi da postupaju u skladu sa osnovnim pravima isključivo kada nacionalnim merama sprovode pravo EU, već i u drugim vrstama situacija. Stoga, paragraf 2. Objašnjenja uz Povelju govori u prilog donekle šireg tumačenja oblasti primene Povelje. Naime, doslovnim tumačenjem Objašnjenja stiže se utisak da se njima nastoji izjednačiti oblast primene osnovnih prava regulisanih Poveljom sa poljem primene koje je bilo ustanovljeno ranijom sudskom praksom u pogledu osnovnih prava kao

⁴⁵ Y. Dogan, *op. cit.*, str. 72.

⁴⁶ Objašnjenja sadrže autentično tumačenje Povelje. Pominju se u opštim odredbama o osnovnim pravima Ugovora o EU, u preambuli Povelje, kao i u članovima 52. stav 7. Priložena su uz tekst Povelje i objavljena u istom Službenom listu kao i sama Povelja. V. *OJ 2007 C 303/17* navedeno prema: I. Pernice, "The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights", *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?* (eds. S. Griller, J. Ziller), Springer, Wien & New York, 2008, str. 241.

⁴⁷ Presuda od 13. jula 1989, Predmet 5/88 *Wachauf* (1989) ECR 2609; Presuda od 18. juna 1991, Predmet C-260/89 *ERT* (1991) ECR I-2925; Presuda od 18. decembra 1997, *Case C-309/96 Annibaldi* (1997) ECR I-7493.

opštih pravnih načela a samim tim i izbeći restriktivna formulacija člana 51. stav 1. Povelje.⁴⁸

Paragrafi 3. i 4. Objašnjenja u vezi sa članom 51. Povelje dalje potvrđuju to stanovište. Tako se stiče utisak da je osnovni cilj člana 51. Povelje zapravo sprečavanje daljeg širenja oblasti primene u odnosu na postojeću sudsku praksu kada su u pitanju mere država članica, a ne i ograničavanje sadašnje oblasti primene prava EU utvrđene kako samim Ugovorima, tako i praksom SP. Međutim i sam tekst Zvaničnih objašnjenja u vezi sa članom 51. Povelje čini se nedovoljno doslednim, budući da unosi dodatnu konfuziju ponovnim vraćanjem na restriktivnu formulaciju iz člana 51. napominjući u paragrafima 2. i 4. da su osnovna prava EU obavezujuća za države „kada sprovede pravo EU“ (podvukao autor).⁴⁹

Uprkos postojećim nedoslednostima i manjkavostima koje proizilaze iz teksta Objašnjenja, u naučnim i stručnim krugovima zagovara se šire tumačenje člana 51. stav 1. Povelje, kako bi se obuhvatili i slučajevi odstupanja, kao i kategorija nacionalnih mera koje su na drugi način povezane sa pravom EU. Na taj način bi se sprečilo sužavanje oblasti primene osnovnih prava koja je bila utvrđena sudskom praksom pre donošenja Povelje.⁵⁰ Tako, jedna grupa autora favorizuje šire tumačenje člana 51. stav 1. Povelje, bez obzira na donekle konfuzni tekst Zvaničnih objašnjenja u vezi sa datim članom, kao i samu formulaciju člana 51. stav 1. Povelje. Kao glavni argument za svoju tvrdnju iznose elastičnost izraza "sprovođenje"⁵¹ i, između ostalog, ističu da se smislu i delotvornosti Povelje protivi restriktivno tumačenje datog člana. Naime, termin kada se "sprovodi" pravo EU, treba tumačiti tako da se odnosi na sve vrste nacionalnih mera gde postoji materijalna veza sa pravom EU.⁵² Krejg u prilog širem tumačenju navodi i da je SP u prošlosti povremeno kao

⁴⁸ P. Craig and G. De Búrca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2008, str. 401-402.

⁴⁹P. Craig, *The Lisbon Treaty: Law, Politics, and Treaty Reform*, Oxford University Press, New York, 2010, str. 210.

⁵⁰ Y. Dogan, *op. cit.*, str. 72; W. Weiss, "Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights after Lisbon", 7 *European Constitutional Law Review*, 2011, str. 74.

⁵¹ R. A. García, "The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union", 8 *European Law Journal*, 2002, str. 495-497.

⁵² P. Eeckhout, *op. cit.*, str. 993.

sinonime upotrebljavao fraze "sprovođenje komunitarnih propisa" i "propisi država članica koji potpadaju pod oblast primene prava EU".⁵³

Iako izložena shvatanja pojma "sprovođenje" deluju široko postavljena, smatramo da bi opredeljivanje za šire tumačenje člana 51. Povelje, trebalo obrazložiti drugačijim argumentima, a ne pozivanjem na elastičnost termina "sprovođenje". U tom pogledu objašnjenje bi trebalo zasnovati kako na širokoj formulaciji iz Zvaničnih objašnjenja koja primenjivost Povelje vezuje za okvire "oblasti primena prava EU", tako i na stavovima SP po tom pitanju.

4. SUDSKA PRAKSA NAKON DONOŠENJA POVELJE

O važnosti uloge koju SP ima u preciziranju koncepta oblasti primene osnovnih prava u EU, svakako svedoči tekst Zvaničnih objašnjenja uz Povelju. Naime, Zvanična objašnjenja sadrže, pre svega, formulaciju kojom se vrši uopšteno upućivanje na praksu SP, čime se svakako ukazuje na njen značaj. Pored toga, u samom tekstu Objašnjenja navode se konkretni primeri iz dosadašnje sudske prakse koji su u tom kontekstu relevantni. SP se tako podstiče da kao krajnji arbitar tumačenjem odredbi Povelje i Objašnjenja uz Povelju otkloni postojeće tekstualne nedoslednosti. Od SP kao najvišeg autoriteta, očekuje se, da zauzme konačni stav o značenju osnovnih prava regulisanih Poveljom, kao i da odredi precizne granice njene primenjivosti.⁵⁴ Na tom putu nužno je rešavanje postojećeg sukoba između, s jedne strane, člana 51. Povelje i, s druge strane, teksta Zvaničnih objašnjenja u vezi sa datim članom. Stoga je praksa SP nakon donošenja Povelje od izuzetnog značaja za konačno utvrđivanje oblasti primene osnovnih prava iz Povelje odnosno postavljanja jasnih kontura ovog nedovoljno definisanog pojma. Ona će svakako da predstavlja najbolji pokazatelj prilikom ocenjivanja da li je donošenje Povelje uticalo na širinu oblasti primene koncepta osnovnih prava u EU.

Nesumnjivo je da se Povelja primenjuje na prvu kategoriju slučajeva koja se takođe podvodila pod oblast primene osnovnih prava kao opštih pravnih načela u EU. Naime, u pitanju su nacionalne mere kojima se sprovodi pravo EU i kod kojih dolazi do sprovođenja *stricto sensu*. One su stoga u potpunosti u skladu sa doslovnim tumačenjem člana 51. stav 1. Povelje.

⁵³ P. Craig, *op. cit.*, str. 210-213.

⁵⁴ X. Groussot, L. Pech, *op. cit.*, str. 6.

U pogledu primene Povelje na drugu kategoriju slučajeva, koji spadaju u oblast primene osnovnih prava kao opštih pravnih načela odnosno situacija kod kojih se odstupa od propisa koji se odnose na četiri velike slobode, odgovor je nešto kompleksniji. U tom pogledu značajno je upućivanje na predmet *ERT* u Objašnjenjima uz Povelju, jer se na taj način eksplicitno naglašava da je *ERT* grupa slučajeva obuhvaćena formulacijom nacionalnih mera koje spadaju "u oblast primene prava EU". Nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona oblast primene Povelje na slučajeve koji spadaju u drugu kategoriju bila je više puta potvrđivana u sledećim presudama: *Chartry*,⁵⁵ *Estov*⁵⁶ i *Rossius*⁵⁷.

Najspornija je svakako primenjivost Povelje na treću kategoriju, odnosno na slučajeve koji su samo neznatno povezani sa pravom EU. Oblast primene Povelje u pogledu ove kategorije slučajeva otvara brojna sporna pitanja s kojima je SP u svojoj praksi tek počeo da se suočava. Utvrđivanje režima primenjivosti osnovnih prava kod ove kategorije nacionalnih mera javlja se kao najslabije, pre svega, zbog problema koji se susreću već pri identifikaciji slučajeva koji potpadaju pod ovu grupu slučajeva. U praksi SP su već duže vreme prisutni pokušaji da se definiše neuhvatljivi standard "neznatne povezanosti sa pravom EU" koji inicira primenu osnovnih prava zajemčenih u EU.⁵⁸

Prilikom anticipiranja buduće primene Povelje na mere država članica koje spadaju u treću kategoriju nacionalnih mera koje su samo neznatno povezane sa pravom EU, bitan je stav litvanskog sudije SP *von Danwitz-a*. On tvrdi da, za razliku od prve dve grupe slučajeva, Povelja ne bi trebalo da se primenjuje na treću kategoriju i nalazi da slučajevi iz pomenute treće kategorije ne potpadaju pod režim primene Povelje, "čak i kada su u pitanju mere država članica donete u oblasti gde postoji nadležnost Unije ukoliko ona nije vršena." U tom kontekstu objašnjava navođenje predmeta *Annibaldi*, u tekstu Objašnjenja uz Povelju. U prilog svog stanovišta o neprimenjivosti Povelje na treću kategoriju slučajeva, sudija *von Danwitz* navodi pojedine presude,

⁵⁵ Case C-457/09, *Claude Chartry v. Etat Belge*, tačka 25.

⁵⁶ Case C-339/10, *Estov* tačka 14.

⁵⁷ Spojeni predmeti C-267/10 i C-268/10, *Tatiana Rossius v. Maria Krasheninikoff*, tačka 19.

⁵⁸ Na primer, u Mišljenju od 22. maja 2008 u predmetu *Bartsch* opšti pravozastupnik Sharpston (case C-427/06, fusnota 64) navodi, između ostalog, sledeće presude: predmet C-71/02, 25. mart 2004, *Karner* i spojeni predmeti C-286/94, C-340/95, C-401/95 i C-47/96, od 18 decembra 1997. godine, *Garage Molenheide et al.*

između ostalog, u sledećim predmetima: *McB, Gueye i Salmerón Sánchez i Dereci*. Drugim rečima, sudija zaključuje da puka povezanost određene nacionalne mere sa pravom EU ne dovodi do primene odredbi Povelje u datom slučaju.

U ovom smislu je značajno i nedavno oprečno Mišljenje opšteg pravobranioca Vilalóa (*Villalón*) u još nepresuđenom predmetu *Franso (Fransson)*.⁵⁹ Ukazujući na težinu postavljenog zadatka, opšti pravobranilac nastoji da pruži što jasnije kriterijume za tumačenje formulacije "sprovođenje prava Unije od strane država članica". Specifičnost ovog mišljenja ogleda se u tome što se polazi od usko postavljenog izraza "sprovođenje", u nastojanju da se širenjem njegovog domašaja, Povelja učini primenjivom i na slučajeve koji potpadaju pod treću kategoriju nacionalnih mera koju karakteriše samo neznatna povezanosti sa pravom EU. Dakle, suprotno očekivanom, argumentacija u pogledu širokog tumačenja Povelje nije se zasnivala na pozivanju na nacionalne mere "kada se deluje u oblasti prava Unije." Opšti pravobranilac na tom putu predlaže veoma široko tumačenje formulacije "jedino kada se sprovodi pravo Unije" kako bi se primenjivost Povelje ustanovila i u pogledu slučajeva koji potpadaju pod treću kategoriju nacionalnih mera. Naime, on predlaže da se Povelja primenjuje na sve nacionalne mere kojima se sprovodi pravo EU ukoliko postoji specifičan interes EU da određena mera države članice bude usklađena sa osnovnim pravima zajemčenim u okviru EU. Postojanje specifičnog interesa teško se utvrđuje, te se u Mišljenju uvode dodatna pojašnjenja u tom pogledu. Tako se ističe da se "specifičan interes", pre svega, zasniva na "prisustvu prava EU ili na pretežnom uticaju koji pravo EU vrši na pravni poredak države članice u svakom konkretnom slučaju".⁶⁰ S druge strane naglašava se da puko prisustvo prava EU u nacionalnom poretku nije dovoljno, ukoliko ne postoji specifičan interes.

Čini se, međutim, da je pravobranilac Vilalóa u svom Mišljenju propustio da postavi jasne kriterijume za utvrđivanje postojanja "specifičnog interesa" u svakom konkretnom slučaju. Naime, pravobranilac na tom putu nije dovoljno razjasnio kako merilo nužnog "prisustva prava EU", kao ni alternativno

⁵⁹ Mišljenje opšteg pravobranioca Vilalóa, Cruz Villalón u C-617/10 *Fransson*, dostupno na adresi:

<http://www.curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=123724&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=759010>, 13.5.2012.

⁶⁰ Mišljenje opšteg pravobranioca Vilalóa, tačke 23 i 41.

određen uslov tzv. "pretežnog uticaja koji pravo EU mora da izvrši na pravni poredak date države članice." Pokušaj pravobranioca da definiše date pojmove smatramo neuspelim budući da je pri objašnjenju datih formulacija opet pribegao (neodređenoj) sintagmi "specifičnog interesa". No, svakako izloženo shvatanje opšteg pravobranioca Vilaloe predstavlja smeo pokušaj utvrđivanja šireg domašaja termina "sprovođenja" u smislu stava 51. Povelje i kao takvo je veoma značajno.

Zaključni osvrt

Pitanje oblasti primene Povelje, nakon njenog stupanja na snagu, tumačeno je u brojnim slučajevima pred SP. Iz novije prakse stiče se utisak da SP u presudama uglavnom izbegavao pozivanje na restriktivan uslov iz člana 51. Povelje kojim se oblast primene osnovnih prava svodi na situacije "kada se sprovodi pravo Unije". Umesto toga, u većem broju presuda kao kriterijum za utvrđivanje granica primenjivosti osnovnih prava u EU, Sud uzima da li određena nacionalna mera spada u oblast primene prava Unije ili se nalazi van te oblasti.⁶¹ Ostaje da se vidi da li će se SP nakon presude u predmetu *Franso* okrenuti ranijoj praksi optiranjem za široko postavljen kriterijum "potpadanja pod oblast primene prava EU" ili će nastaviti da se oslanja na veoma široko tumačenje termina "sprovođenja" pridajući mu time novo značenje.⁶²

Prilikom anticipiranja buduće primene Povelje na mere država članica koje spadaju u treću kategoriju nacionalnih mera koje su samo neznatno povezane sa pravom EU, bitna je argumentacija litvanskog sudije SP *von Danwitz-a*, uključujući i navedenu sudsku praksu koja ide u prilog njegovom restriktivnom stanovištu. Međutim, važno je ukazati na značaj koji bi što šire tumačenje oblasti primene Povelje, koje bi svakako uključivalo i spominjanu treću kategoriju nacionalnih mera, imalo za efikasnost zaštite osnovnih prava u EU. Takođe, ukoliko bi se SP u svojoj praksi priklonio užem tumačenju

⁶¹ O tome, svedoče sledeće presude u kojima je SP istakao da nema nadležnost u pogledu pitanja koja se nalaze van oblasti primene prava EZ: predmet C-328/04 *Attila Vajnai* [2005] ECR I-8577, pasus 13; predmet C-361/07 *Polier*, pasusi 10-14; predmet Case C-217/08 *Mariano*, pasus 29. U ovom kontekstu su značajni i sledeći slučajevi koji potvrđuju šire tumačenje oblasti primene opštih pravnih načela i Povelje: Case C-287/08 *Savia*, Case C-535/08 *Pignataro*, i Case C-302/06 *Kowalsky* navedeno prema S. Peers, *op. cit.*, str. 5-6.

⁶² Svakako Mišljenje opšteg pravobranioca Vilaloe nije usamljeno budući da se u nedavnom slučaju *NS* Sud takođe suočio sa pitanjem utvrđivanja nove sadržine termina "sprovođenja" u smislu 51. člana Povelje.

oblasti primene Povelje u smislu stava 51, u odnosu na utvrđeno polje primene osnovnih prava kao opštih pravnih načela, to bi se svakako negativno odrazilo na usklađenu i doslednu primenu osnovnih prava u poretku EU. Stoga Mišljenje pravobranioca Vilaloo dato u predmetu *Franso* smatramo značajnim polazištem na putu daljeg razvijanja tendencije ekstenzivnog tumačenja oblasti primene Povelje, iako rezonovanje sadržano u njemu nije dovršeno i kao takvo zahteva dalje razrađivanje.

Od SP se, u narednom periodu, očekuje da da svoju "završnu reč" u otklanjanju tekstualnih nedoslednosti Povelje, postavljajući tako jasne granice njene primenivosti. No, bez obzira da li će se prikloniti užem ili širem tumačenju oblasti njene primene, usvojeni koncept oblasti primene osnovnih prava u EU svakako će imati uže granice u odnosu na granice primenivosti koje predviđa Ustav SAD, kao i pojedini regionalni instrumenti, poput EKLJP, kojima se štite ljudska prava.⁶³

Vesna Ćorić-Erić,* LL.M and
Aleksandra Rabrenović,* Ph.D

Determining the Scope of Application of EU Fundamental Rights

Summary

While it is not in dispute that respect for EU fundamental rights is a condition of the legality of EU acts, the legal documents as well as the judgments of the Court of Justice do not provide clear and straightforward criteria for defining the scope of application of EU law when it comes to the Member States' actions. The aim of this paper is to clarify and compare this ambiguous concept before and after the entry into force of the Treaty of Lisbon, that is before and after the Charter on Fundamental Rights acquired legally binding

⁶³Tako se, na primer, Poveljom za razliku od EKLJP, ne obavezuju države članice da pružaju zaštitu u pogledu propisanih prava svim subjektima u njihovoj nadležnosti. V. član 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, dostupno na adresi: http://www.coe.org.rs/REPOSITORY/1998_konvencija_za_zastitu_ljudskih_prava_i_osnovnih_sloboda.pdf, 1.6.2012.

* Institute of Comparative Law, Belgrade

* Institute of Comparative Law, Belgrade

status. The latest Court of Justice case law has also been analysed to bring more certainty as to the scope of application of EU fundamental rights to Member States' actions.

Key words: Scope of Application of EU Fundamental Rights, Court of Justice of the European Union, Charter of Fundamental Rights of the European Union, Treaty of Lisbon.