

Godina XII

2010.

Broj 2-3.

YU ISSN 1450-7986

UDK 34: 061.1(4)

REVIJA ZA EVROPSKO PRAVO

periodični časopis Centra za Evropsko pravo

Glavni i odgovorni urednik

prof. dr Radovan D. VUKADINOVIĆ

Centar za Evropsko pravo, Kragujevac

Izdavač
Udruženje za evropsko pravo
34000 Kragujevac

Uređivački odbor

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

Međunarodna redakcija

Steven Blockmans (Holandija), Nevenko Misita, (Bosna i Hercegovina), Vitomir Popović (Republika Srpska), Dragan Radonjić (Crna Gora), Oliver Remien (Nemačka), Siniša Rodin (Hrvatska), Allan Tatham (Engleska), Darko Samardžić (Nemačka), Takis Tridimas (Engleska).

Glavni i odgovorni urednik

Radovan D. Vukadinović
E-mail: radevuk@jura.kg.ac.rs

Urednik: dr Slavko Đorđević

Časopis izlazi periodično

Tiraž: 500

Štampa: Interprint, Kragujevac

Predlog za citiranje: REP., XII(2010) 2-3.

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 Centra za pravo EU

Godina XII

2010.

Broj 2-3

SADRŽAJ

ČLANCI I RASPRAVE

Radovan Vukadinović	Evropsko pitanje u jugoistočnoj Evropi i odgovor EU	5
Zlatan Meškić	Osnove evropskog kolizionog prava	27
Rajko Knez	Sloboda pružanja usluga na unutrašnjem tržištu i zaštita potrošača	59
Miloš Andrović i Gorana Kršikapa	Šta je cilj? Novi Zakon o zaštiti konkurencije Republike Srbije	77

PRILOZI

Sanja Jelisavac Trošić i Mina Zirojević Fatić	Transfer znanja i intelektualna svojina	105
--	---	-----

REVIEW OF EUROPEAN LAW

Periodical Review of the Center for EU Law

Volume XII

2010

No. 2-3

CONTENTS

ARTICLES

Radovan Vukadinović	The European Question in Southeast Europe and Answer of the EU	5
Zlatan Meškić	The Basics of the European Conflict of Law	27
Rajko Knez	Freedom to Provide of Services in Internal Market and Consumer Protection	59
M. Andrović and G. Kršikapa	What is goal? The New Act for Protection of Competition	77

CONTRIBUTION

Sanja Jelisavac and Mina Zirojević	The Knowledge Transfer and Intellectual Property	105
---------------------------------------	---	-----

ČLANCI I RASPRAVE

Radovan D. VUKADINOVIĆ*

UDK:341.9(4-672 EU)
str. 5-25.

THE EUROPEAN QUESTION IN SOUTHEAST EUROPE AND ANSWER OF THE EU*

1. MEANING OF THE "EUROPEAN QUESTION"

The determination of the object subject of this work presupposes previous determination of the term "European question – Europafrage" and the term "Southeast Europe".

The meaning of the first syntagma "European question" has not been precisely determined,¹ neither in political, nor in legal theory, and different comprehensions can, basically, be subjected to two meanings.

According to the first, broader, meaning of the term "European question" a sense of belonging to Europe as a continent is understood, in the sense of

* Professor at Faculty of Law and Director of the Center for EU Law, Kragujevac.

* This is slightly modified version of contribution which is published in: N. Bodiřoga und G. Sander (Hrsg), *Die Europaishe Union und Suedosteuropa, Herausforderungen und Chancen*, Hamburg, 2009, pp. 11-29.

¹ See: A. Pagden (ed.), *The Idea of Europe: From Antiquity to the European Union*, Cambridge: Cambridge UP, 2002; G. Delanty, C. Rumford, *Rethinking Europe*, Routledge, London and New York, 2005.

accepting and sharing its values, as are common history, same religious (Christian) beliefs, similar understanding of cultural values. Such devotion can exist both for individual or state level. Individuals have expressed their devotion in philosophical, scientific or literary works.² States, on the other hand, can express their connection or loyalty either by accepting and applying common values without institutional joining into special organizations or by joining organizations which represent Europe. The problem, however, is that Europe represents, before all, a cultural³ and geographical term, so that the devotion or loyalty of states to European values can formally be verified only by membership in the Council of Europe.⁴ In other words, Europe as sovereign power does not exist, it has to be created, and European Union is not yet synonymous with Europe.⁵ This way of realization of the European question, which does not lead to the creation of special integration organisations, can be marked as the passive form of Europeanization.⁶ In that sense, there may be varying degrees of

² See T. Oppermann, *Europarecht*, 3rd ed., München 2005, pp. 1-19; Booker/North, *The Great Deception Can the European Union Survive?*, London 2005, besides approved "Europeans", like Richard Coudenhove-Kalergy, Aristide Briand, Gustav Stresemann, Jean Monnet, on page 11 are quoting, among others, Albert Einstein, Pablo Picasso, Sigmund Freud, Thomas Mann, Paul Valery, Guillaume Apollinaire and St. John Perse. Authors quotes less known fact that Italian industrialist, Giovanni Agnelli, founder of the Fiat Empire, had published a book entitled European Federation or League of Nations, even before the FWW had ended. See also: D. Siđanski, *Federalistička budućnost Evrope* (Federal Future of Europe), Belgrade 1996, pp. 27-49

³ T. Heikkilä, Europe takes shape, in: *Europe 2050*, (ed.T.Heikkilä), Edita, Helsinki, 2006, p. 37.

⁴ Since it's founding in 1949, the Council of Europe, which currently comprises 47 member states, has been working to promote human rights, pluralist democracy and the rule of law. Through its activities, it has set the course for a democratic Europe.

Coleman, *The Conscience of Europe*, Council of Europe Publishing, 1999 (in translation on Serbian version: *Savest Evrope*, Vega Media 2003, on page 26, quotes that European Council was degenerate from "Mother of European Institutions" to anteroom for central and eastern European countries, where they are waiting until theirs economy becomes solid and reach the level which will allow them to join the European Union. Hereupon Coleman asks: For God sake, they are European countries, and we are all European family. Whether members of a family ask brothers and sisters about the level of their economy in order to consider them member of a family?"

⁵ *Delarty/Rumford, op. cit.*, p. 69.

⁶ See K. Featherstone, "Introduction: In the Name of Europe," in: Feathertstone/Radealli (eds.), *The Politics of Europeanization*, Oxford 2003, pp. 3-24; According *Vink*, What is

Europeanisation,⁷ as well as subjective and objective measures. "Subjective measures include self-identity and value system. Objective elements include behaviors and policies. A country can adopt European values or European policies without having primarily European self-identity, or vice versa."⁸

According to the second, more narrow, meaning, in the term "European question" the political designation or orientation of the states of Southeast Europe is contained to realize their geographical belonging to the determined joint space through membership in the EC or EU, as the active form of Europeanization. Observed in this manner, the "European question" appears as the legal and political readiness towards taking over concrete rights and obligations from the membership in these organizations. Compared to the previous, this form can be marked as the active form of resolving of the European question or as the Europeanization through creation of institutional forms of legal, political and economic integrations. The scope of this work is limited to the analysis of this manner of expressing and realizing the European question. Also in this form of Europeanization the participants take over the obligation of respecting achieved common values, although by entering institutional communities they also gain the possibility and take over responsibility for their further shaping and development. In the first formative period to the year 1992, in the EEC most of all economic values, shown in the common market and four basic freedoms, were cherished. However, with changes to the Rome Foundation Treaty, and especially after Maastricht Treaty (1992) and the transforming of the European Economic Community, as economic integration, into European community as social community and after the forming of the European Union, as political

Europeanization? And Other Questions on a New Research Agenda, Paper for the Second YEN Research Meeting on Europeanisation, University of Bocconi, Milan, 22-23 November 2002, Milan 2002. http://www.essex.ac.uk/ECPR/standinggroups/yen/paper_archive/2nd_yen_rm_papers/vink2002.pdf, the concept of "Europeanization" can be briefly understand as "domestic change caused by European integration" or as "a process of change in national institutional and policy practices that can be attributed to European integration."

⁷ K Featherstone, *op. cit.*, p. 5; DeBardeleben (ed.), *Soft or Hard Borders? Managing the Divide in an Enlarged Europe*, Ashgate 2005, p. 3, quotes that "Europeanising its (EU) neighbours be an unstated, but implicit goal in these relationships as well". See also: Goetz/Hix (eds.), *Europeanised Politics? European Integration and National Political Systems*, *Special issue of West European Politics*, Vol. 23 (2000), No. 4, p. 27

⁸ J. DeBardeleben, *op. cit.*, p. 3.

community, these values were expanded and enriched. Nowadays they are usually expressed with the term of community achievements or *acquis communautaire*. In that sense the European question could also be understood as the relation of individuals and third states towards the acceptance of the *acquis communautaire*.

In terms of time the creation and development of the accordingly understood "European question" can be observed through two periods: before World War II and after the end of World War II, and after the World War II until the fall and after the fall of the Berlin wall.

Before the Second World War the "European question" existed only as an idea or a "European dream" about the creation of a united Europe or a European alliance, in the minds of philosophers, writers and some politicians both from the area, which was later marked as Western Europe, as well as from the area of Southeast Europe. Observed in this manner the today's? "European question" can not be considered as an original and new term, neither for the states of Western,⁹ nor for the states of Eastern and Southeastern Europe,¹⁰ because a particular interconnection of certain ideas and values between European states has also existed earlier. However, this process in that time took place through the process of looking up (or imitation) to "European models", as well in arts, as in science, which resulted in the acceptance of

⁹ The many attempts to revive united Europe existed between the two wars as for example: *Richard Coudenhove-Kalergi's* Pan Europe of 1923 and the proposal for United States of Europe made to the League of Nations by A. Briand. See: Pagden (ed.), *The Idea of Europe: From Antiquity to the European Union*, Cambridge 2002, especially Passerini, *From the Ironies of Identity*, p. 191, and more: Sidanski, *op. cit.*, pp. 27-49.

¹⁰ I. Ilchev, Hlopaneto na vratata na Evropa kato balkanski sindrom [Knocking on Europe's Door as a Balkan Syndrome], in: *Sega Daily*, 18 November 2000, quotes that during the 1912 Balkan War, the Bulgarian Ministry of Foreign and Religious Affairs instructed its representatives abroad to propagate the claim that the Balkan peoples, the Bulgarians in particular, were fighting for the cause of 'European culture'. The Serbs emphasized that without their culture the European one would not be the same. The Romanians were especially keen to persuade the Westerners that Romanian culture purportedly stood much closer to the West than to the East "Romania is neither Turkey nor Bulgaria (...) She is, more clearly, a sentinel of the Western civilization." In a similar vein, Athens tried to equate the Ancient Greek culture, which formed contemporary European's civilization, with modern Hellenic and European culture. Quoted according *Bechev*, Constructing South East Europe: The Politics of Regional Identity in the Balkans, *European Studies Centre in the University of Oxford, RAMSES WP* 1/06, March 2006, p. 9, footnote 23.

certain solutions as common, in creation of certain ways of thought, without national prefixes. In that sense, Europe was and it is a clear point of reference for intellectuals as well as for political authorities in fashioning progressive policies, "although certainly the western model is not accepted without contest."¹¹ These processes, which preceded the creation of the "European idea", can be marked as the process of standardization. Although it did not aim at creating special institutional alliances between European countries, it is certain that the process of Europeanization created a suitable climate for the latter creation of different movements which as a goal have set the establishing of the alliance of European states. However, the realization of the idea on creating special European alliances happens only after the end of the Second World War, by forming of the European Community for Coal and Steel and the European Economic Community.¹² In the beginning the main actors and members of these communities were only states of Western Europe, while the states of Central and Southeastern Europe were to join them significantly later. That does not, however, mean that in the states of Eastern Europe at that time the "European question" did not exist, at least on the individual level.¹³ However, at that time no institutional presumptions existed for their realization. Institutional preconditions (presumptions?) for the inclusion of states of Eastern Europe into the integration process within EEC/EU are created only after the mutual recognition between the EEC and COMECON and after the EU has explicitly stated that the process of expanding of EU is not finished and that it will include the region of Southeast Europe and West Balkans. Such an unambiguous position of the EU is important to be pointed out due to existing different perceptions of the borders of EU enlargement.¹⁴ While some advocate for a European Union

¹¹ J. DeBardleben, *op. cit.*, p. 5. quotes that this concerns to Russia. The same believe there were in other south east countries.

¹² European Coal and Steel Community (ECSC) was founded with same-named contract signed 1951. in Rome, and EEC was founded in 1957 by the Treaty of Rome.

¹³ D. Bechev, *op. cit.*, p. 16. quotes that no sooner than the post - Cold War period, enlightened Europe merged again as model and benchmark for South East European societies' development.

¹⁴ G. Falkner, M. Nentwich, Enlarging the European Union: The Short-Term Success of Incrementalism and De-Politicisation, *MPIFG Working Paper* 00/4, July 2000, <http://www.mpi-fg-koeln.mpg.de/pu/workpap/wp00-4/wp00-4.html>

"from the Atlantic to the Urals"¹⁵, others consider "(...) that the enlargement of the Union be restricted to the 'cultural circle' of Western countries. Enlargement of the Union should be restricted to Protestant and Catholic circle of European countries,"¹⁶ because "Countries of Southeast Europe belong in the cultural sense to collapsed Byzantine empire, and do not have democratic tradition of respect for minorities."

2. MEANING OF TERMS EASTERN AND SOUTHEAST EUROPE

The second element which determines the scope of this work is the notion of "Southeast Europe" which is directly linked to the term of "Eastern Europe". Also in the defining of this term differences exist, which derive from the fact that the syntagma "Eastern Europe" can be observed either as geographical term or as geopolitical term.¹⁷ In the first case of decisive meaning is the geographical belonging of a state to a certain region, while, according to the other criteria, elements of social, economic and political system are taken into account, as well as the relation to cultural, religious and general social values of Europe. On the other hand, mentioned differences can be considered as consequence of indetermination of the higher genus term "Europe".¹⁸ Namely, even if one goes out from the fact that the geographic term Europe as a continent is undisputable, there are differences on what in geographic sense distinguishes this area from others and whether it is really unique. As

¹⁵ See A. Pagden (ed.), *op. cit.*, p. 201.

¹⁶ Statement Willy Claes, foreign minister of Belgium, and then chairman-in-office of the Council of Ministers of the European Union in 1993, in *Katimerini*, 16 October, p. 9. Quoted under P. Simic, Do the Balkans Existed? in: *EU, NATO and Southeastern Europe* (ed. P. Simic et alia), Belgrade, 2002, p. 25, footnote 33.

¹⁷ See: A Subdivision of Europe into Larger Regions by Cultural Criteria Prepared by Peter Jordan, the framework of the Permanent Committee on Geographical Names (*StAGN*), Vienna, Austria, WP No. 48, UN Group of experts on Geographical Names, Item 18. For an overview of other possible definitions of SEE focused on history and culture, W. Bracewell and A. Drace-Francis, South-Eastern Europe: History, Concept, Boundaries, in: *South-Eastern Europe: History, Concept, Boundaries*, (ed. W. Bracewell, Drace, Francis, Alex), Paris: Homo Balkanicus, 1999, a special issue of *Balkanologie* containing papers from a conference held at the School of Slavonic and Eastern European Studies, London.

¹⁸ See: See: Pagden, *op. cit.*, pp. 33-54; Spohn, Continuities and Changes of Europe, in: Malmborg (ed.), *The Meaning of Europe*, Oxford 2002, p. 287.

common characteristics, which mark this area, usually are named the already mentioned European common values: common history, language, culture and beliefs. However, as the mentioned elements are not unique for all Europeans, but they *perceive* them as common and treat them in the same way, then they can serve also as criteria for division into west and east parts of Europe. Although present since Roman times, it seems, however, that the division into the east and west parts of Europe has not significantly influenced the creation and development of the "European question" nor has the "European question" been differently qualified according to its deriving from the eastern Byzantine orthodox or western Catholic part of Europe. But that does not mean that different prejudices have not followed this division for centuries, and have revived again after the end of WWII and the division of Europe into the west and east blocks, as an unfortunate result of negotiations of winning forces, in Yalta and Teheran. After this division the states of West Europe will begin realizing their European dream by signing the Paris and Rome Treaties on establishing the European Coal and Steel Community and the European Economic Community, while the states of the east block were forced to suppress the "European question" and substitute it with the creation of COMECON and the Warsaw pact. Due to different circumstances the borders between the east and west blocks were, in large parts, identical to the division of the Roman Empire into the west Roman Empire and the east Byzantine Empire.

From the geopolitical term of East Europe, determined in this manner, and which was assembled by states which were under the military, political and ideological influence of the USSR and were members of the COMECON, as an economic alliance, and of the Warsaw pact, as military alliance, after the fall of the Berlin wall 1989, the term of Southeast Europe was deducted.¹⁹ That is to say, after the fall of the Berlin wall, which in a physical manner was

¹⁹ However, Todorova understands "Central Europe" as a political phrase invented by certain intellectuals seeking a counterweight to the term Eastern Europe (*op. cit.*, p. 140). The latter designation is pejorative because "eastern" refers to Russia and the Soviet Union, which they claimed had its own, unique historical trajectory that had little to do with their past. Todorova's objection to the term is that whereas it may have been emancipatory for certain countries from Russia, it was not emancipatory for the Balkans, which was left entirely out of the discussion. For the Yugoslav aspects of the Balkans-Central Europe dichotomy see: Hoyden/Hoyden, Orientalist Variations on the Theme "Balkans": Symbolic Geography in Recent Yugoslav Cultural Politics, in: *Slavic Review* 51, No. 1 (1992).

dividing the eastern from the western block, and the breakup of the USSR, the term East Europe loses its political sense of existence, and instead two new geopolitical terms were instituted: Central Europe and Southeast Europe. These terms, in the beginning, were used without a clear territorial division, so that with the geographic term of Central and Southeast Europe states of the former East Europe, except Russia,²⁰ were included: Estonia, Lithuania, Latvia, Poland, Czech, Slovakia, Hungary, Romania, Moldova, Bulgaria, Slovenia,²¹ Croatia, Bosnia and Herzegovina, Serbia and Montenegro, Albania, Macedonia, Greece and Turkey.²² However, after some of the states, which in the geographical sense have belonged to the region of Central and Southeast Europe, became members of the EC or it was obvious that they will, after gaining the status of candidates, whereby they have "consumed" their European question, the term of Southeast Europe, as an imagined advanced space and area whose European future was determined by it, loses that sense, and the term of Southeast Europe became actual. With the term of Southeast Europe it was supposed to, next to the geographical determination to the region of the south half of the landmass of Europe, mark, in a political sense, that also these states, based on their geographical belonging to Europe, *can have* European future in European integrations. For the states of Southeast Europe such a future was indicated for the first time with the Stability Pact for Southeast Europe, and was later developed within the process of stabilization and association.

The "Stability Pact for South-East Europe" has grown out of a number of previous regional initiatives. Some of these have been concerned with South-East Europe and some with the so-called Western Balkans. The regional initiatives that already existed before the 'Stability Pact' include the so-called

²⁰ Region consisted from Russia and states originated with USSR disintegration, in foreign affairs of EU, was point out as a region of Eastern Europe and Middle Asia.

²¹ After violent disintegration SFR of Yugoslavia, Slovenia was consisted and uses every opportunity to disaffirm connections with Balkan Peninsula and try to find place in Central Europe.

²² Vachudova, The Leverage of International Institutions on Democratizing States: the Eastern Europe and the European Union, *EUI Working Papers*, RSC No 2001/33, European University Institute, 2001, p. 4, footnote No. 1. use term eastern European countries in order to mark those states, members of Soviet Union Block, which are unquestionable candidates for EU membership.

Royaumont Process, the South-East European Co-operation Initiative (SECI), and in a more inclusive way the Central European Initiative (CEI) did not have the integration of these states into the EU as a goal. All these and a number of other initiatives have aimed at securing stability in the region through promoting co-operation of one kind or another (e.g., in areas of culture, economy, politics and security).²³ Only after the big expectations, which the states of South-East Europe had from the Stability Pact, as in respect of the effects of a new imagined Marshall's plan, so in respect of a speedier accession into the EU, were let down²⁴, the EU has attributed its view of the European perspective for new states which this time were in the term of West Balkans²⁵, launching it as the process of stabilization and association. The Western Balkans emerged as a distinct group only after 1999 when Bulgaria and Romania were allowed to open membership talks with the EU. With the geopolitical term of Western Balkans are included: Croatia, Bosnia and Herzegovina, Serbia, Montenegro, Macedonia and Albania. The name of Western Balkans is used by the European Union (EU) to designate this set of countries as the ones that are subject to the regional approach of the EU. Historically, the Balkan region developed in an area of tension and state competition between Christian-Occidental, Orthodox- Byzantine, and Islamic Ottoman powers and cultures.²⁶ Today, the region is characterized by numerous cultural, religious, and linguistic traditions and influences that are the legacy of these earlier periods. When referring to the Western Balkans together with Bulgaria and Romania, the EU routinely speaks of South East Europe.²⁷ South-East Europe, on the other hand, consists of all the Balkan countries (i.e., all the countries that have territories or parts of territories in what geographically belongs to the Balkans, e.g., Bulgaria, Greece, Albania,

²³ V. Gligorov, The Stability Pact for South-East Europe, <http://www.southeasteurope.org/documents/StabilityPact.pdf>

²⁴ The Stability Pact for South-East Europe is a political declaration of commitment and a framework agreement on international cooperation to develop a shared strategy among all partners for stability and growth in the Western Balkans.

²⁵ The term 'Western Balkans' in the terminology of EU was introduced by the Austrian Presidency of the EU in the 1998.

²⁶ See J. Rothschild, *East Central Europe between the Two World Wars*, Seattle: University of Washington Press, 1989, pp. 3-24;

²⁷ D. Bechev, *op. cit.*, p. 22.

Macedonia, but also Slovenia, Romania and Turkey) plus Hungary (and in some cases Moldova).

The return into use of the already suppressed term "Western Balkans" can be interpreted, in political sense, in different ways. Namely, the term "Balkans", due to the negative associations which were attributed to the process of "balkanization" in the late nineteenth century, was exchanged by a neutral political term South-East Europe,²⁸ and during the Cold War era, Balkanism moderated as the terms "Eastern Europe" and "Southeastern Europe" came into vogue. However, after the fall of the Berlin wall the term Central Europe reemerged as a discursive competitor as a political phrase invented by certain intellectuals seeking a counterweight to the term Eastern Europe. "Central Europe" becomes an insidious concept propagated by "secular zealots" who "have excellently internalized the cultural code of politically correct liberalism"²⁹ but in the process have positioned the Balkans yet again as a peripheral other. Therefore its reintroduction, of the term West Balkans, can be understood either as a reminding about the differences between Southeast Europe and the Balkans,³⁰ or about a *sui generis* position of the Balkans in respect of the processes of Europeanization and westernization.

²⁸ Todorova, *Imagining the Balkans*, Oxford 1997, p. 28, indicates in 1893, and again in 1909, the German geographer Theobald Fischer proposed that Balkan Peninsula should be named Südosteuropa. Later this substitution was justified with need that compromised term Balkan Peninsula should be changed with politically neutral term Southeastern Europe and clear away usage of term "Balkanization". According to words of Bechev, *Building Southeastern Europe: the Politics of International Co-operation in the Region*, http://www.hks.harvard.edu/kokkalis/GSW4/Bechev_PAPER.PDF, p. 14, the substitution of 'Balkans' with 'Southeastern Europe' is quite symptomatic. On the one hand, it serves as a means that can bring in the resolved opponents of the Balkan label - Slovenia, Croatia, Romania. Moreover, the principle of inclusiveness is underlined by using the term 'countries of the region and their neighbours', which helps to assemble a motley group stretching from Hungary to Turkey. On the other hand, the reference to Europe and European integration makes it clear that the SP is intended to be something of a springboard towards the ultimate goal of European integration of the region. Regionalization is a first step towards accession.

²⁹ Todorova, *op. cit.*, p. 152.

³⁰ Abusive (pejorative) term "Balkanization" was considered as a process of violent disintegrations and creations of small independent states on Balkan Peninsula. This process, without any explanation, is connected with this (Balkans) region. See Šijaković, *Kritika balkanističkog diskursa, prilog feneomenologiji "dragosti" Balkana* [Criticism of Balkans discourse,

3. THE RESPONSE OF THE EUROPEAN UNION TO THE EUROPEAN QUESTION

The response of the European Union to the "European question" which was present in Southeast Europe should be looked for within the context of its external relations³¹, by which external economic and external political relations are meant.³² Until the Maastricht Treaty, from the year 1992, the content of external economic relations was mostly made up of commercial relations of the Community towards third countries and international organizations, which are established within the frames of common commercial policy, policy of cooperation and assistance to third countries and the policy of association.³³ These relations were realized by the EEC by concluding appropriate trade agreements and agreements on cooperation and association (*ius tractatus*).³⁴

When it comes to political relations, it is necessary to distinct two phases: the phase before the Maastricht Treaty, from 1992, and the phase after the coming into force of this Treaty.

Until 1992 the content of political relations which the EEC led towards third countries in the frame of external relations was mostly made up of diplomatic relations, respectively *ius missionis*. After the coming into force of the Maastricht Treaty and the establishment of the European Union, the

contribution to "Otherness" phenomology of Balkan], Nikšić 2000, on: <http://www.rastko.org.yu/filosofija/bsijakovic-balkanistika.html>. Nevertheless, there are other opinions; according to Balkan Peninsula is a millennia-old cultural space, as 'the first Europe' of the classical antiquity. Slojanovich, *A Study in Balkan Civilisation*, New York 1967; Cvijić, *La Péninsule Balkanique: Géographie Humaine*, Paris 1918, even went a step further elaborating the notion of *homo balcanicus* defined by a particular Balkan *mentalité*

³¹ See: Macleod/Hendry/Hyett, *The External Relations of the European Communities*, Oxford, 1996, p. 45.

³² See: I. See: Macleod/Hendry/Hyett, *The External Relations of the European Communities*, Oxford 1996; Dijk/Faber (eds.), *The External Economic Dimension of the European Union*, The Hague 2000; Weidel, Regulation or Common Position? The Impact of the Pillar Construction on the European Union's External Policy, in: Klauser (ed.), *External Economic Relations and Foreign Policy in the European Union*, Wien 2002.

³³ N. Moussis, *Acces to European Union Law, economics, policies*, European Study Service, 1999, p. 532.

³⁴ In general, see: T. Oppermann, *Europarecht*, 3 Auflage, Muenchen, 2005, pp. 637-716..

conditions were created for a special and much more content rich foreign policy, while the European community kept the right of establishing foreign relations.³⁵

4. CHARACTERISTICS OF THE POLICY OF FOREIGN RELATIONS OF EEC

The foreign policy, which until 1992 the EEC has set up with third states, and afterwards the European community, are in general terms characterized by gradualism, differentiation and flexibility.³⁶ The relations to the countries of West Balkans are characterized by an especially prominent principle of setting conditions, so that the map of the road for the countries of Western Balkans is marked with "three c's": consolidations, conditionality and communication.³⁷ This "road map" divides the process leading to the opening of accession negotiations into six steps, and a country can only reach the next step after fulfilling all the obligations of the previous step.

4.1. Gradualism

The gradualism is reflected in different kinds and a different content of foreign relations, which the European community sets up with a third country in different periods of time. In that sense this characteristics expresses the time dimension of the readiness of the European community to enter more loose or firm institutional relations, starting with trade relations towards association and membership.

4.2. Differentiation

The differentiation of foreign economic and political relations is reflected in different kinds of autonomous or conventional measures, with which the

³⁵ J.V. Louis, *The European Union: from External Relations to Foreign Policy?*, *EU Diplomacy Papers* 2/2007, College of Europe, p. 6.

³⁶ See: M. Cremona, *Flexible Models: External Policy and European Economic Constitution*, in: *Constitutional Change in the EU From Uniformity to Flexibility?* (ed. G. De Burca and J. Scott), Hart Publishing, 2001, pp. 59-94.

³⁷ Commission of the EC, *Communication to the EP and the Council, Enlargement Strategy and Main Challenges, 2006-2007*, COM (2006) 649, Brussels, 8.11.2006, <http://www.parliament.uk/commons/lib/research/rp2007/rp07-027.pdf>, pp. 17-21.

European community and the European Union have undertaken towards third countries, nonmembers, or in relations to international organizations. Using different instruments towards different states the Community actually led a different or differentiated policy towards them. Although these differences were conditioned by various factors, they can be placed in three groups³⁸: regional or geopolitical, economic or developing and those marked as "conditioned differentiation". In concrete foreign relations the differentiation has been expressed through the "offer" of different kinds of agreements to third countries or groups of countries: from the agreements on free trade to the association agreements or through the possibility of using different autonomous measures – from incentive measures to sanctions.

4.2.1 Regional or geopolitical differentiation

Being established as a regional integration, the European Community has, in its foreign policy, since the establishment taken care about the regional dimension in the sense of orienting to setting up special relations with European countries, and then also with groups of states from different regions. The European countries are, according to geographical and/or geopolitical criteria, grouped into countries of the so-called north geographical zone, countries of Central and Southeast Europe and countries of West Balkans.

Towards the countries of Central Europe, the European Union has already enforced the policy of association by concluding so-called European agreements with these states, based on whose implementation in 2004 Poland, Czech, Slovakia, Slovenia and Hungary became members, and in 2007 also Bulgaria and Romania.

Towards the countries from the area of East Europe and middle Asia, which includes Russia, Ukraine, Belarus, Azerbaijan, Moldova, Tajikistan, Georgia, Kazakhstan, Armenia, Kyrgyzstan and Uzbekistan, the European community leads a general policy of cooperation and partnership. However, also within these states a further division into European countries (Russia, Ukraine, Moldova and Belarus) and "non - European" (Kyrgyzstan, Kazakhstan, Armenia, Georgia, Azerbaijan, Uzbekistan and Turkmenistan) has been made. Towards all of these countries the EU leads the European

³⁸ M. Cremona, *op. cit.*, pp. 60-61.

Neighborhood Policy, while towards Russia it leads the policy of strategic partnership based on the agreement on four common spaces. The developing and promotion of special relations with the states of East Europe, on which some member states have specially insisted, witnesses the continuation of old/new "east policy or Ostpolitik".³⁹

Toward geopolitical region marked as a Western Balkans EU administers policy of stabilization and association, which led, unlike previous policy, to membership in EU.

4.2.2. Differentiation based on economic development

According to these criteria with establishing foreign relations, the Community differentiates two groups of states: industrially developed states and developing states. Contractual relations with industrially developed out-of-Europe states, such as USA, Japan, Canada, and Australia, of the Community are based on sector agreements, which are established on the clause of the most-favored nation. Towards the developing states the Community leads the policy of "cooperation for development."

5. THE EUROPEAN QUESTION IN FOREIGN RELATIONES OF EEC BEFORE THE FALL OF BERLIN WALL

The relations of the EEC and the states of East Europe till the fall of the Berlin wall are characterized by the climate of mutual political distrust and implementation of exception policy⁴⁰. The reasons for this should be sought on both sides. The states of East Europe have opposed the establishing of the European Economic Community, especially as an "political and military

³⁹ See Transcript of a lecture: "Towards a new EU Ostpolitik? – Russia, Eastern Europe and Central Asia" given by Minister of State Gernot Erler February 07 2007 Georgetown University, Washington DC. Germany was especially insisting on this, during their presidency of EU, in first half of 2007. http://www.fesdc.org/documents/TowardsanewEU-Ostpolitik_000.pdf

⁴⁰ For the history of EEC-CMEA relations, see P. Marsh, *The Development of Relations Between the EEC and the CMEA*, in: *The EEC and Eastern Europe* (ed.A. Shlaim and G. N. Yannopoulos), Cambridge: Cambridge University Press, 1978; also see M. Baumer, H-D. Jacobsen, *CMEA's Economic "Westpolitik" Between Global Limitations and All-European Potentials*, in: *East European Economic Assessment, Part 2*, Washington, DC: US Congress Joint Economic Committee, 1981, pp. 872-886.

integration", due to the fear that its existence will endanger the ideological cohesion of the socialist block and their doctrine, which was later formed as the doctrine on "limited sovereignty". The result of such tense relations was the prolongation of the policy of "cold war" and mutual non-recognition between the COMECON and EEC, which resulted in the nonexistence of bilateral contractual relations.

A hint on loosening up of tensions comes in the seventies with the policy of the détente, from the sides of some EEC members, as a new "east policy" which, with some delays, has been accepted with the policy of "perestroika and glasnost", from the east block, which resulted in mutual recognition of the COMECON and the EEC in 1988.⁴¹ Therefore, from the perception of East Europe states, in this period it can hardly be spoken of the "European question", as a general question.

A similar situation existed in the member states of the EEC, in which also a sense of political rivalry to the COMECON and the Warsaw pact existed, which was explained with the necessity to preserve the established or achieved balance. Therefore for these, as well as for mentioned formal-legal, reasons, in this period neither from the sides of the EEC can one speak of mutual or special policy of the EEC towards East Europe, but only of positions of single member states in respect of concrete questions. Some of them even have engaged for a more comprehensive cooperation in the sense of developing economic relations with all states of the east block, because that would lead to the democratization in these states, while others advocated for maintaining a distance to these countries, out of the fear that the economic relations might be used e.g., for military purposes. Therefore the period from 1965 till 1975 is characterized by asymmetric bilateral economic relations, which are realized through single contracts on exports of investment equipment, technology and consumer goods from member states of the EEC and contracts on imports of raw materials and energy products from the states of EE.

The situation has not significantly changed even after, in the late 1969, the competence for leading foreign trade policy was conferred from member

⁴¹See: Pentland, *Eastern Approaches: The EU Encounters the Former Soviet Union*, in: DeBardeleben (ed.), *Soft or Hard Borders? Managing the Divide in an Enlarged Europe*, Ashgate 2005, pp. 45-68

states to the EEC, because the states of EE were not able? to directly conclude contracts with the EEC, before an general trade agreement between the COMECON and the EEC was concluded. Such an agreement, however, was not possible to be concluded before the mutual recognition between the EEC and COMECON.

6. THE EUROPEAN QUESTION IN FOREIGN RELATIONES OF EEC AFTER THE FALL OF THE BERLIN WALL

The political convergence of positions and mutual tolerance between the EEC and COMECON began with the policy of détente, and especially after the launching of the policy of "perestroika and glasnost" in which also the message was contained that the USSR is also not ready to lead a policy of isolation towards the EEC, whereby the space for creation and development of the European question in the states of East Europe was open. The confirmation on existence of the "European question" came already in June 1988 with the signing of the joint declaration on mutual recognition between the COMECON and EEC. Shortly after, already in 1989, after the fall of the Berlin wall, unexpectedly, even uncontrollably fast, the COMECON, as economic integration, fell apart, while the USSR began the process of disintegration and transformation. Although the EEC, at that time, was neither institutionally prepared nor enabled for the leading of foreign policy, nor even for the instrumentalization of a joint position towards the states of EE which came out of COMECON and the USSR, the first reaction in political sense came as recognition of new Baltic states, created by the breaking up of the USSR (September 1991, while in January 1993 Czech and Slovakia were recognized). The positive political response of states of Southeast Europe to the open possibility of establishing firmer relations with European integrations in one part of territory was marked as the "renaissance of the European idea". The political turn in states of southeast Europe, in the years of 1989/90, has led to a real renaissance of the Europe-idea.⁴²

However, even after the fall of the Berlin wall the European Union has built its policy towards European states, non-members, differentiated, towards

⁴² H-C. Maner, Multiple Identitäten – Der Blick des orthodoxen Südosteuropa auf "Europa" = Multiple Identities: The View Orthodox Southern Europe has about what is "Europe", *ZEI Discussion Paper: 2003, C 125* http://aei.pitt.edu/1663/01/dp_c125_maner.pdf, p. 3.

target groups, by assigning certain states to interest regions of different significance.⁴³ In the first interest (priority) group were the countries of Central Europe, emerging from the breakup of COMECON, and Baltic states. The first, due to the fact of being immediate neighbors and the wish of the European Union to lastingly excerpt them from Russia's influence by binding them to itself, and the others, as "strategically in priority in relations to Russia".⁴⁴ Although with all these states the agreements on association were concluded, their accession was individual and depended on to what extent they have fulfilled political and economic criteria. The process of association of Central European states was followed by other initiatives of the European Union for mutual cooperation of states, such as the central European initiative (CEI) and the initiative on creation of a central European zone of free trade (CEFTA), which was preceded by the initiative on establishing the Visegrad group.

Unlike many initiatives for cooperation of states of Central Europe, until the mid-nineties the European Union did not have a clear policy towards states of Southeast Europe. In the hierarchy of interests of the European Union, the states of this part of Europe, as peripheral, found themselves at the last position. Until the tearing down of the Berlin wall, the European Union had, towards the Balkan region, unlike the policy towards other sub regions, such as the Baltic or central European, a policy of individual approach. This has been justified by lack of joint institutions, meaning multilateral cooperation in the Balkans, what prevented this region, "which was treated as a geopolitical entirety ... from being recognized as an organized regional entity".⁴⁵ The differences in the policy of the European Union towards single regions and concrete states of the region remained even after the end of the cold war. After the end of the cold war the strategic significance of the Balkan region

⁴³ M. Maresceau, On Association, Partnership, Pre-accession and Accession., in: *Enlarging the European Union - Relations between the EU and Central and Eastern Europe*, Longman, London 1997, pp. 3-22.

⁴⁴ See J. Minić, Reconstruction and development program for southeastern Europe, in: *Southeastern Europe 2000, View from Serbia*, Belgrade 1999, p. 8.

⁴⁵ Foucher, The Geopolitics of Southeastern Europe, *15 Eurobalkans*, 1994, p. 18.

deteriorated, and with that also the significance that former Yugoslavia had,⁴⁶ so that the question of the West Balkans came on the agenda only in the mid-nineties through the Royaumont Process, south east cooperation initiative and regional approach. All listed initiatives, to a smaller or greater extent, were characterized by the policy of conditioning or the "stick and carrot".

7. POLICY OF CONDITIONALITY

This kind of foreign policy of the European Union is characterized by the position of the Union to gradually promote its foreign relations to single third countries, depending on to which extent those states meet the set political and economic conditions.⁴⁷ Also this form of foreign policy is implemented differentiated and within single regions, so that it is combined with regional differentiation. The policy of conditionality or conditioned differentiation was especially used in practice by the European Union in the frame of the so-called "regional approach", towards the states of post-communist Europe and towards the states of West Balkans.⁴⁸ So the level of institutional relations to countries of West Balkans depended on the fulfillment, on one side, of general conditions, which were valid for all countries of the region, but on the other side, also on special conditions, such as taking part in war actions, which referred only to certain countries of the region. In accordance with these principles, five states of Southeast Europe were divided into two groups: states that did not take part in war actions in the time from 1991 to

⁴⁶ R. Vukadinović, Commercial relations Development between the Countries of Central and Southeast Europe and the European Union, Lessons for the FR Yugoslavia, *Adriatico* 6/7, 1997-1998, p. 74.

⁴⁷ For a general overview on political conditionality as a foreign policy instrument and its legal implications, see O. Stokke, Aid and Political Conditionality: Core Issues and State of the Art, in: *Aid and Political Conditionality* (ed. O. Stokke), Frank Cass, London 1995, pp. 1-87.

⁴⁸ See: O. Anastasakis, D. Bechev, *EU Conditionality in South East Europe: Bringing Commitment to the Process*, South East European Studies Programme European Studies Centre St Antony's College University of Oxford, 2003, p. 3. F. L. Altmann, Die Balkanpolitik der EU - Regionalansatz und Prinzip der Konditionalität, in: *Südosteuropa*, 47/1998, pp. 503-515, at 504. See also O. Kovač, Regional Approach of the European Union to Cooperation among Countries of the Former Yugoslavia, 47 *Review of International Affairs* 1996, pp. 1-5., C. Phippan, The Rocky Road to Europe: The EU's Stabilisation and Association Process for the Western Balkans and the Principle of Conditionality, *European Foreign Affairs Review* 9, 2004, p. 219-245.

1995 (Macedonia and Albania) and those that did: Bosnia and Herzegovina, Croatia and the former FRY. Therefore from the latter it was requested to, next to the general conditions, accordingly implement peace agreements, in order to regain political and economic trust between the formally war waging states.

The conditioning, according to guides, which from 1995 onwards were adopted, together with the regional approach, refers to the kind and amount of support for reconstruction and regional development. Later, in 1996, these guides became part of common principles for future contractual relations with certain states of Southeast Europe.⁴⁹ Depending on the degree of fulfillment of the set conditions, the third state is, in economic sense, offered with benefits, which stretch from trade preferential, financial aid and economic cooperation, e.g. within the PHARE and CARDS programs to conclusion of concrete bilateral agreement of certain type. However, the manner in which conditionality was applied in the case of the Western Balkans clarified the contours of a distinctly different mode of relations that the EU would maintain with the region: there was no prospect for rapid membership, but the countries meeting the conditions were to be rewarded with trade concessions, financial assistance, and economic cooperation on the part of the EU.⁵⁰ To the states of West Balkans the potential membership to the EU was put in perspective only after, in 1999, the process of stabilization and association was launched.⁵¹

⁴⁹ COM (896) 476 final.

⁵⁰ M. Türkes, G. Gökgöz, The European Union's Strategy towards the Western Balkans: Exclusion or Integration?, *East European Politics and Societies*, Vol. 20, No. 4, 2006, p. 676, <http://eep.sagepub.com/cgi/content/abstract/20/4/659>

⁵¹ Since the Feira European Council (June 2000) all Western Balkan countries (Albania, Bosnia and Herzegovina, Croatia, the Former Yugoslav Republic of Macedonia, Serbia and Montenegro, including Kosovo) have held the status of "potential accession candidates" (confirmed in Thessalonica in June 2003). During the EU-Western Balkans Summit in June 2003 the EU underlined once again the membership prospects of the above-mentioned countries and reminded them of the need to undertake their own efforts and fulfill all obligations into which they had entered. The Thessalonica European Council on 20 June 2003 adopted a catalogue of measures ("The Thessalonica Agenda for the Western Balkans") aimed specifically at strengthening the SAP. It also created the "European Partnerships", which identify tasks/priorities for these countries so as to support their

The result of such a policy is also seen in the fact that after 8 years from launching the process of stabilization and association, finally in 2008, all states of the West Balkans concluded agreements on stabilization and association with the European Union and with it stepped into particular "waiting rooms" for membership. The conclusion of the stabilization and association agreement can also be treated as a definite confirmation of the orientation of all states of West Balkans to accept the *acquis communautaire* in an institutional manner and further contribute to its development, what would definitely close the European question.

Summary

"European question" is analysed through the content and nature of institutional relations EEC/EU toward southeastern Europe countries in period before and after collapse of Berlin wall. Before collapse of Berlin wall, relations between EEC and southeastern European countries were featured with mistrust and mutual disclaim. After collapse of Berlin wall, EU formulated policy toward those countries, within the frame so called regional approach. Conduction of this policy allowed for Central and Southeastern European countries, with diversified help from EU, to adopt *acquis communautaire* relatively briefly, and to realize their own European question in 2004, while Romania and Bulgaria in 2007.

After launching process of stabilization and association (SAP) in 1999, EU puts in prospective realization of European question through potential membership, for the western Balkans countries. SAP is featured with significant usage of principles conditionality and flexibility and graduated approach within which each country is judged on its own merits. The so-called 'own merits' (or 'catch up') approach allows each SAP country to move ahead towards the prospect of accession on its own pace - depending on its ability and willingness to implement the necessary political, legal and economic reforms.

Regarding relations between Serbia and EU, their institutionalization is characterized by very slow pace, uncertainty and significant usage of principle of conditionality by EU side. This led to situation that Serbia signed Stabilisation and association Agreement no sooner than mid 2008, under very strange circumstances and with very unusual delaying request in terms of implementation.

efforts to draw closer to the EU. The countries are then supposed to develop their own national action programmes to implement these tasks/priorities.

It seems that this conjuncture doesn't reflect real aspect Serbia had in the past, and has today, in compliance with "European issue". According to Serbian political and legal theory, previous apprehension of "European issue" indicates that the idea of creating independent European countries alliance was supported back in 1883,⁵² as well as necessity for creation of European alliance commonwealth as an equilibrium, was written in Serbian legal history in 1939.⁵³ About Pan-Europe as United States of Europe was written in the same way, not only in Belgrade but also in Zagreb, after First World War (WWI).⁵⁴ While after Second World War (WWII)⁵⁴ and especially from beginning of 1980's, not just individuals⁵⁵ but NGO's and academic pro-European organizations taking very active role in development of European idea in Serbia.⁵⁶

⁵² G. Geršić, Male države u današnjem međunarodnom sklopu [Small countries in nowadays international framework], Glasnik Srpskog učenog društva, Knj. 52, Beograd 1883, pp. 215-264.

⁵³ Ž. Perić, Ravnoteža sila ili evropska savezna država (ekvilibristi ili federalisti), *Pravna misao*, No XI-XII, Beograd 1939, str. 425-447.

⁵⁴ J. Vesel. O sjedinjenim državama Evrope (Paneuropa), *Mjesečnik, glasilo pravničkoga društva*, broj 8, God. LII, Zagreb 1926, str. 346-353

⁵⁵ For example see: Siđanski, *Federal istička budućnost Evrope* [Federal Future of Europe], Beograd 1996; Vukadinovic, *Evropska ekonomska zajednica* [European Economic Community], Beograd 1989; *Pravo Evropske unije* [EU Law], Beograd 1995/1996, 2001/2006; *Stvaranje i ostvarivanje komunitarnih prava u Evropskoj uniji* [Creation and enforcement of the subjective rights in the EU], Beograd 1998; *Kako uskladjivati domaće propise sa pravom EU* [How harmonize domestic laws with EU Law], Beograd 2004; Lopandić (ed.), *Regional Cooperation in South Eastern Europe*, Belgrade 2002. From 1999 in Serbia exists special journal: *Revija za evropsko pravo* [Review for European law], ed. Vukadinovic

⁵⁶ For example: European Movement in Serbia, <http://www.emins.org/english/>.

Zlatan MEŠKIĆ*

UDK: 340.132(4)
str. 27-57.

OSNOVE EVROPSKOG KOLIZIONOG PRAVA¹

Apstrakt

U ovom radu autor istražuje nastanak kolizionog prava (međunarodnog privatnog prava) Evropske unije, njegovo trenutno stanje, osnovne karakteriske, njegov odnos sa osnovnim slobodama, kao i uticaj prakse Evropskog suda pravde na razvoj kolizionog prava EU kao samostalne discipline.

Ključne reči: Komunitarizacija međunarodnog privatnog prava; izvori evropskog kolizionog prava; karakteristike evropskog kolizionog prava; osnovna načela evropskog kolizionog prava; načelo zemlje porijekla; praksa Evropskog suda pravde.

1. UVOD

Pluralizam pravnih izvora, koji vlada unutar Prava Evropske unije, te sistematika pravnih izvora Međunarodnog privatnog prava, Evropsko koliziono pravo, smješteno između ovih pravnih disciplina, čine kompleksnom materijom, u kojoj se sukobljavaju i ujedinjuju ciljevi Evropske

* Docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici.

¹ Članak objavljen u: *Pravna misao, Časopis za pravnu teoriju i praksu*, br. 3-4/2009, Sarajevo, str. 5-30.

unije sa klasičnim sistemom Međunarodnog privatnog prava. Tako i samo određenje pojma Evropskog kolizionog prava zahtijeva detaljnu analizu pravnih izvora Prava Evropske unije i Međunarodnog privatnog prava, njihovog međusobnog odnosa, pravne metode, te konačno *raison d'être* Evropskog kolizionog prava.

1.1. Historijski razvoj ideje o kodifikaciji Međunarodnog privatnog prava²

Godine 1889. španski ministar Manuel Silvela predložio je međunarodni ugovor "Código del derecho internacional privado", kojim bi se kodificiralo međunarodno privatno pravo za evropske države.³ Četiri godine kasnije, povodom prve Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, Nizozemska je predložila "Projet d'un programme", koji je predviđao kodifikaciju Međunarodnog privatnog prava u širem smislu, tj. kako kolizionog prava za određivanje mjerodavnog materijalnog prava, tako i Procesnog međunarodnog privatnog prava.⁴ Oba projekta nisu, međutim, stigla ni do prednacrta. Tek 50 godina kasnije ideja jednog jedinstvenog međunarodnog privatnog prava ostvarena je u obliku sveobuhvatnog prijedloga zakona. Autor ovog "Projet d'un Code Européen de droit international privé"⁵ bio je njemački advokat Ernst Frankenstein, koji je i prije ovog djela u naučnim krugovima postao poznat po originalnim prikazima Međunarodnog privatnog prava (MPP)⁶.

Aktuelni zakonodavni razvoj unutar Evropske unije (EU), koji vode ka jedinstvenom Evropskom zakoniku međunarodnog privatnog prava, čine nužnim da se upozna sa trenutnim legislativnim stanjem u oblasti Međunarodnog privatnog prava u širem smislu unutar EU (Evropsko koliziono pravo ili Evropsko međunarodno privatno pravo), sa općim

² Vid. o historijskom razvoju Evropskog kolizionog prava detaljno: K. Kreuzer, Zu Stand und Perspektiven des Europäischen Internationalen Privatrechts – Wie europäisch soll das Internationale Privatrecht sein?, *Rabels* 2006, S. 1-88.

³ Vid. R. Fernandez, L. Sanchez, *Curso de derecho internacional privado*, 1991 p. 218.

⁴ Actes de la Conférence de la Haye chargée de régler diverses matières de droit international privé, 12-27. septembar 1893, p. 7.

⁵ E. Frankenstein, *Projet d'un Code Européen de droit international privé*, 1950.

⁶ E. Frankenstein, *Internationales Privatrecht I-IV*, 1926-1935.

karakteristikama ove oblasti, te konačno smislom i svrhom moguće kodifikacije Međunarodnog privatnog prava unutar EU.

1.2. Razvoj i trenutno stanje procesa komunitarizacije Međunarodnog privatnog prava

Analizirajući komunitarizaciju Međunarodnog privatnog prava na osnovu pravnih izvora moguće je izdvojiti dvije zakonodavne faze: Prva, međunarodnopravna integraciona faza, počinje 1968. godine sa rađanjem Evropske ekonomske zajednice. Stupanjem na snagu Amsterdamskog ugovora, 1.5.1999. godine, ova faza zamijenjena je aktuelnom evropskopравnom integracionom fazom.⁷

1.2.1. Međunarodnopravna integraciona faza

U međunarodnopravnoj fazi komunitarizacije MPP-a postojala su četiri pravna osnova za nove pravne izvore: član. 293. EEZ, Evropska politička saradnja, član K. 3 EU, te tzv. "slobodni" međunarodni ugovori, koji nisu imali direktnu vezu za Pravom EU.

Član 293. EEZ bio je jedini propis unutar Ugovora o EEZ, koji se ticao međunarodnog privatnog prava. Iako ovaj propis nije predavao EEZ nikakva zakonodavna ovlaštenja, pozivao je zemlje članice da, „ukoliko je to nužno“, započnu pregovore s ciljem zaključenja međunarodnih ugovora u oblasti međunarodnog prava društava i procesnog prava.⁸ Na osnovu ovog člana stupio je na snagu samo jedan međunarodni ugovor, koji je, međutim, postavio temelje Evropskog kolizionog prava (EKP), naime Briselska konvencija o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima od 16.9.1968.⁹

Prethodnik sadašnje pravosudne saradnje u civilnim stvarima u skladu sa član 65. EZ, bila je Evropska politička saradnja. U 80-tim godinama ova saradnja je, preko dogovora zemalja članica, dovela do potpisivanja

⁷ K. Kreuzer (2006), S. 1 (9).

⁸ Vidi temeljno J. Basedow, Die Vergemeinschaftung des Europäischen Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, u: *Systemwechsel im Europäischen Kollisionsrecht* (Hrsg. Baur, Mansel), 2002, S. 19.

⁹ Konvencija o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima od 16.09.1988., *Sl. list* 1972. L 299 str. 43-44.

međunarodnih ugovora u sklopu međunarodnih organizacija. Tako Evropska konvencija (Vijeća Evrope) o skrbništvu nad djecom¹⁰, kao i Haška konvencija o međunarodnoj otmici djece¹¹, obe iz 1980., u međuvremenu vrijede u svim zemljama članicama. Pored njih, u sklopu ove saradnje, nastajale su i konvencije sa područjem primjene isključivo u odnosima između zemalja članica, koje zbog paralelnog postojanja odgovarajućih univerzalnih međunarodnih konvencija nisu dobile na značaju.

Na osnovu člana K.3 Ugovora o EU Vijeće je, u oblasti pravosudne saradnje u civilnim stvarima, na inicijativu zemlje članice ili Komisije, moglo izraditi međunarodni ugovor, čije bi prihvaćanje preporučilo zemljama članicama u skladu sa njihovim ustavnim propisima. Na osnovu član K.3 EU donesena su dva međunarodna ugovora, zajedno sa protokolima o nadležnosti Suda (pravde) Evropskih zajednica (ES) za tumačenje, iz oblasti Procesnog međunarodnog privatnog prava (PMPP), naime Konvencija o dostavljanju akata iz 1997.¹² te Konvencija (EU) o bračnim stvarima iz 1998. godine (Brisel-II konvencija).¹³ Kao uzor za posljednju navedenu Konvenciju služio je prijedlog Konvencije o nadležnosti i izvršenju u porodičnim i nasljednopravnim stvarima¹⁴, izrađen od „Groupe européen de droit international privé” (GEDIP), udruženja najznačajnijih evropskih profesora u oblasti MPP-a, 1993. godine.

Zemlje članice su zaključile nekoliko konvencija iz oblasti MPP-a, ne koristeći primarno pravo EU kao njihov pravni osnov. Jedina konvencija koja je stupila na snagu je ujedno i najznačajnija evropska konvencija u „klasičnoj” oblasti

¹⁰ Evropska konvencija o priznavanju i izvršenju odluka o skrbništvu nad djecom ili povratu skrbništa nad djecom, otvorena za potpisivanje u Luksemburgu 20.5.1980.

¹¹ Konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece, otvorena za potpisivanje u Den Haagu 25.10.1980.

¹² Konvencija (EU) o dostavljanju sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovačkim predmetima u zemljama članicama Evropske unije, 26. 5. 1997., *Sl. list* 1997 C 261/2 odnosno 261/18 (Protokol o tumačenju).

¹³ Konvencija (EU) o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima, 28. 5. 1998., *Sl. list* 1998 C 221/2 odnosno 221/20 (Protokol o tumačenju); Izvještaj Borrás, C 27/65; o historiji vid. Jayme, Kohler, *Europäisches Kollisionsrecht 1995: Der Dialog der Quellen*, *IPRax* 1995, S. 343-354 (345).

¹⁴ GEDIP, Proposition pour une convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière familiale et successorale, <http://www.gedip-egpil.eu/>.

međunarodnog privatnog prava, tj. oblasti kolizionih normi koje određuju mjerodavno pravo za pojedine situacije, a to je Rimski konvencija o mjerodavnom pravu za ugovorne obveze (Rimski konvencija) od 19. juna 1980.¹⁵ Godine 2004. (1.8.) na snagu je stupio i protokol¹⁶ o nadležnosti ES-a za tumačenje ove konvencije, koji je dat na potpisivanje već 1988. godine. Ovaj „slobodni“ međunarodni ugovor, uprkos ovakvoj klasifikaciji, uvršten je u Službeni list EZ, a 2005. godine je i tadašnjih 25 zemalja članica potpisalo sporazum u Luksemburgu, kojim se Rimski konvencija, zajedno sa protokolima o tumačenju, proširuje i na sve zemlje članice, koje do tada nisu bile ugovornice.

Iz prethodno navedenog proizilazi da sve do Amsterdamskog ugovora iz 1999. godine nije postojala pravna norma unutar primarnog prava EU, koja bi dala izričito ovlaštenje Evropskoj uniji da samostalno donosi pravne akte u oblasti MPP-a. Stoga se, sa aspekta podjele pravnih izvora unutar Evropske unije, navedene konvencije svrstavaju u tzv. „prateće pravo EU“. Pod pratećim pravom EU podrazumijevaju se one pravne norme koje nisu primarno ili sekundarno pravo EU, a služe ciljevima Prava EU i ubrzavaju komunitarni integracioni proces.¹⁷

S obzirom na nedostatak primarnopravnog ovlaštenja za donošenje pravnih akata iz oblasti MPP-a, i u sekundarnim aktima kolizione norme mogle su postojati samo kao aneksi materijalnih propisa, prije svega u uredbama i smjernicama. Najznačajnije ovakve akcesorne kolizione norme, koje se ne odnose samo na komunitarizovana materijalna pravna područja, nego se primjenjuju univerzalno, nalaze se u Smjernicama o direktnom osiguranju iz 1988.¹⁸ i 1990.¹⁹

¹⁵ Rimski konvencija o mjerodavnom pravu za ugovorne obveze data na potpisivanje 19. juna 1980. u Rimu, *Sl. list* L 266 9.10.1980.

¹⁶ Prvi protokol u pogledu tumačenja Rimske konvencije o mjerodavnom pravu za ugovorne obveze, data na potpisivanje 19. juna 1980., od strane Suda Evropskih zajednica, *Sl. List* 1998 C 27/47; Drugi protokol za prebacivanje pojedinih nadležnosti u pogledu tumačenja Rimske konvencije o mjerodavnom pravu za ugovorne obveze, data na potpisivanje 19. juna 1980., od strane Suda Evropskih zajednica, *Sl. List* 1998 C 27/52.

¹⁷ Vid. G. Reichelt, *Europarecht*, Wien 2002, p.44.

¹⁸ Drugo Uputstvo Vijeća od 22.6.1988., koje se odnosi na usklađivanje zakona, propisa i administrativnih odredbi u pogledu direktnog osiguranja, osim životnog, utvrđuju

Mnogo češće kolizije norme nalaze se u smjernicama, koje, poput normi neposredne primjene (međunarodnih prinudnih propisa), materijalnopravni nivo zaštite pružen (radnicima ili potrošačima) u ovim smjernicama žele zaštititi od primjene mjerodavnog prava trećih zemalja. Ove kolizije norme nameću primjenu materijalnog prava, kojim je u zemljama članicama implementirana odgovarajuća smjernica, umjesto primjene mjerodavnog prava trećih zemalja i time modifikuju komunitarizovano MPP, koje bi se inače primjenjivalo. Uslov da se kolizije norme smjernica, koje su implementirane u nacionalno pravo, probiju pored mjerodavnog prava treće zemlje jeste da ovo treće pravo nudi niži nivo zaštite od samih smjernica (načelo povoljnosti). S obzirom na rastući broj ovih kolizionih normi u Smjernicama za zaštitu potrošača ili radnika, te njihovu oprečnost klasičnom sistemu MPP-a i s njom povezanu opasnost narušavanja dogme MPP-a unutar EKP-a, ovim kolizionim normama biće posvećeno zasebno poglavlje.

1.2.2. Evropskoppravna integraciona faza

Amsterdamskim ugovorom pravosudna saradnja u civilnim stvarima prebačena je iz trećeg stuba EU, čija karakteristika je jednoglasno i time znatno teže donošenje odluka, u prvi stub, u kojem prevladava većinsko odlučivanje.²⁰ Time je EZ prvi put dobila primarnopravna ovlaštenja za donošenje mjera u oblasti MPP-a (član 61. lit. C zajedno sa članom 65. EZ). Naime Vijeće s ciljem ostvarenja zajedničkog „prostora slobode, sigurnosti i prava“ *može*, ukoliko je to nužno za „uredno funkcionisanje unutrašnjeg tržišta“, donijeti „mjere u oblasti pravosudne saradnje u civilnim stvarima sa prekograničnom vezom“, tj. elementom inostranosti.

odredbe kojima se olakšava djelotvorno provođenje slobode pružanja usluga i mijenja i nadopunjuje Uputstvo br. 73/239/EEZ; *Sl. list* 1988 L 172/1.

¹⁹ Drugo Uputstvo Vijeća od 8. 11. 1990. koje se odnosi na usklađivanje zakona, propisa i administrativnih odredbi u pogledu direktnog osiguranja, osim životnog, utvrđuju odredbe kojima se olakšava djelotvorno provođenje slobode pružanja usluga i mijenja i nadopunjuje Uputstvo br. 73/239/EEZ; Sa dejstvom od 19.12.2002. Uputstvo je zamijenjeno Uputstvom 2002/83/EZ od 5. 11. 2002. o životnom osiguranju, *Sl. list* 2002 L 345/1, ali je relevantna kolizijska norma u članu 32. (ex član 4.) sadržajem ostala nepromijenjena.

²⁰ Vid. N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, Sarajevo 2007, str. 62.

Nakon zaključenja Amsterdamskog ugovora zakonodavstvo EU u oblasti MPP-a djelovalo je neočekivano brzo. Osnova je postavljena Bečkim akcionim planom 1998.²¹ godine, potvrđenim zaključcima Vijeća sa njegovog vanrednog zasjedanja u Tampere-u 1999²². U ovim zaključcima prioritet pravosudne saradnje stavljen je na međusobnom priznavanju krivičnih i civilnih odluka.²³

U skladu s tim prvi plodovi ove zakonodavne inicijative bili su iz oblasti međunarodne pravne pomoći i PMPP-a:

Kod prekogranične pravne pomoći u užem smislu (dostavljanje, dokazni postupak, ostala pomoć u postupku, uključujući i davanje informacija, naročito pravnih informacija o stranom pravu) radi se o unapređivanju domaćeg postupka sa elementom inostranosti od strane stranih upravnih organa i sudova, kao i obratno, unapređenju stranih postupaka od strane domaćih institucija. U širem smislu obuhvata i zakonske akte u oblasti ispravnosti stranih javnih dokumenata i lakšeg pristupa stranim sudovima. Zakonodavac EU, sa Uredbama o dostavljanju sudskih i vansudskih dokumenata²⁴, te pribavljanju dokaza²⁵, kao i Smjernicom o pomoći pri troškovima postupka²⁶, gotovo je u potpunosti regulisao ovo područje.²⁷

²¹ (Bečki) Akcioni plan Vijeća i Komisije za najbolju implementaciju odredbi Amsterdamskog ugovora o stvaranju prostora slobode, sigurnosti i prava, *Sl. list* 1999 C 19/1.

²² Zaključci presjedavanja. Evropsko vijeće, Tampere, 15./16.10.1999, br. 28-39.

²³ Vid. Z. Meškić, *Europäisches Verbraucherrecht – gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und europäische Perspektiven*, Band 18 der Schriftenreihe des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht, (Hrsg. Reichelt), Wien 2008, S. 12.

²⁴ Uredba Vijeća (EZ) broj 1348/2000 od 29. 5. 2000. godine o dostavi sudskih i vansudskih dokumenata u građanskim ili trgovačkim stvarima u zemljama članicama Evropske unije; *Sl. list* 2000 L 160/37.

²⁵ Uredba Vijeća (EZ) br. 1206/2001 od 28.5.2001. o saradnji između sudova država članica kod pribavljanja dokaza u građanskim ili trgovačkim stvarima; *Sl. list* 2001 L 174/1.

²⁶ Uputstvo 2003/8/EZ poboljšanju pristupa sudu u prekograničnim sporovima uspostavom minimalnih zajedničkih pravila, koja se odnose na pravnu pomoć u takvim sporovima; *Sl. list* 2003 L 26/41.

²⁷ Vid. K. Kreuzer (2006), S. 1 (20).

I u oblasti PMPP-a doneseni su mnogi važni pravni akti. Najvažniji je, zasigurno, Uredba Brisel I²⁸, kojom je bez mnogo izmjena u uredbu pretvorena Briselska konvencija. U svrhu ispunjenja ciljeva postavljenih u Tempere-u, jedina značajna izmjena tiče se postupka sticanja potvrde izvršnosti strane presude, te razloga za njeno nepriznavanje. Postupak za sticanje potvrde izvršnosti sveden je na prilaganje strane presude i ispunjenje formulara, u kojem se navodi dispozitiv presude, te osoba protiv koje se u drugoj zemlji može voditi izvršni postupak. Kada su ove formalnosti ispunjene, bez ispitivanja razloga za nepriznanje, za presudu se odmah izdaje potvrda izvršnosti. Razlozi za nepriznanje smiju se ispitati samo u drugostepenom postupku, nakon ulaganja pravnog lijeka.²⁹ Jednak cilj slijedi i Uredba o Evropskoj izvršnoj ispravi za nesporne zahtjeve³⁰, koja se u potpunosti odriče postupka potvrđivanja izvršnosti. U ovoj oblasti donesena je Uredba o bračnim stvarima (Brisel II)³¹, kojom su regulisani, kako međunarodna nadležnost, priznanje i izvršenje u bračnim stvarima (razvodima braka), tako i pitanja skrbništva nad djecom. Posljednje navedeno područje primjene u mnogome je regulisano po uzoru na odgovarajuću Hašku konvenciju o skrbništvu nad djecom³². U skladu sa zaključcima iz Tampere-a za određene odluke o skrbništvu nad djecom i vraćanju djece, izostaje postupak potvrđivanja izvršnosti. Veliku zakonodavnu aktivnost u ovoj oblasti zaokružuju Uredbe o evropskom platnom nalogu³³, evropskom

²⁸ Uredba (EZ) br. 44/2001 Vijeća o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima (Briselska uredba ili Brisel I), *Sl. list* 2001 L 12/1.

²⁹ Vid. Kohler, Von der EuGVVO zum Europäischen Vollstreckungstitel, u: *Europäisches Kollisionsrecht*, (Hrsg. Reichelt, Rechberger), 2004, S. 63 (67).

³⁰ Uredba (EZ) br. 805/2004 od 21.4.2004. kojom se uvodi evropska izvršna isprava za nesporne zahtjeve.

³¹ Uredba (EZ) br. 2201/2003 od 27. 11. 2003. o nadležnosti te priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima, te u predmetima povezanim s roditeljskom odgovornošću, kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1347/2000; *Sl. list* 2003 L 338/1.

³² Haška konvencija. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju, izvršenju i saradnji u vezi sa roditeljskom odgovornošću i mjerama za zaštitu djece od 19.10.1996.

³³ Uredba (EZ) br. 1896/2006. kojom se uvodi postupak evropskog platnog naloga, *Sl. list* 2006 L 399 od 12.12.2006

postupku za sporove male vrijednosti³⁴ i o stečajnom postupku³⁵, te Smjernica o sanaciji i likvidaciji osiguravajućih društava^{36,37}

U „tradicionalnoj oblasti“ MPP-a, kolizionih normi kojima se određuje mjerodavno pravo, zakonodavni proces je išao mnogo teže i trajao znatno duže. Ipak, danas je sa Uredbama Rim I³⁸ i II³⁹, cjelokupna oblast obligacionih odnosa komunitarizovana. Uredbom Rim I o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze, nakon dugogodišnjeg zakonodavnog postupka konačno je modernizovana Rimska konvencija i pretvorena u Uredbu, koja stupa na snagu u decembru 2009. godine. Pri tome su temeljna načela, poput autonomije volje i karakteristične radnje, zadržana, dok su se najveće izmjene desile u bivšem članu 5. Rimske konvencije, sadašnjem članu 7. Rim I o kolizionoj zaštiti potrošača, te je uveden zaseban član koji reguliše ugovore o osiguranju. Član 7. Rim I sada se generalno primjenjuje na sve vrste ugovora, te je usklađen sa odgovarajućim članom 15. Uredbe Brisel I, kako sa definicijom potrošača, tako i sa fleksibilnim kriterijem usmjeravanja poduzetničke djelatnosti.⁴⁰ Uredbom Rim II ujedinjene su kolizivne norme o pravu mjerodavnom za vanugovorne obveze, pri čemu osnovu čine čl. 4.-9. o „štetnim radnjama“ („Torts/Delicts“, „Faits dommageables“, „Illeciti“, „unerlaubte Handlungen“), te čl. 10.-12. o sticanju bez osnove, *negotiorum*

³⁴ Uredba (EZ) br. 861/2007. o evropskom postupku za sporove male vrijednosti; *Sl. list* 2007 L 199/1 od 1.8.2007.

³⁵ Uredba (EZ) br. 1346/2000 od 29.6.2000. o stečajnom postupku; *Sl. list* 2000 L 160/1 od 29.6.2000 .

³⁶ Uputstvo 2001/17/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća. o sanaciji i likvidaciji osiguravajućih društava; *Sl. list* 2001 L 125/15 od 19.3.2001 .

³⁷ Vid. K. Kreuzer (2006), S. 1 (20).

³⁸ Uredba (EZ) br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Vijeća od 17. juna 2008. o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze (Rimska uredba ili Rim I), *Sl. list* L 177 od 4.7.2008., str. 6-16; Vidi aktuelno Z. Meškić, *op. cit.*.

³⁹ Uredba (EZ) br. 864/2007 Evropskog parlamenta i Vijeća. o pravu mjerodavnom za vanugovorne obveze (Rim II) od 11.7.2007; vid. S. Leible, Der Beitrag der Rom-II Verordnung zu einer Kodifikation der allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts, u: *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, Band 16 der Schriftenreihe des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht* (Hrsg. Reichelt), Wien 2007, S. 31.

⁴⁰ Z. Meškić, *op.cit.*, S. 138.

gestio i culpa in contrahendo.⁴¹ Prijedlog za Uredbu o mjerodavnom pravu za razvod braka (Rim III)⁴², Zelena knjiga o nasljednom pravu i testamentima (Rim IV)⁴³ i Zelena knjiga o kolizionom bračno-imovinskom pravu (Rim V)⁴⁴ ukazuju na nastojanje evropskog zakonodavca da popuni preostale praznine u oblasti mjerodavnog prava, te da se približi cilju kodifikacije Evropskog kolizionog prava.

2. KARAKTERISTIKE EVROPSKOG KOLIZIONOG PRAVA

Za ostvarenje cilja koji slijedi cjelokupan sistem pravednosti MPP-a, naime postizanje međunarodne harmonije odlučivanja i pravne sigurnosti, neophodna je jasna struktura njegovih propisa i jedinstvenost pravnih izvora. Sa EKP-om, MPP dobija novi pravni izvor, za koji je potrebno utvrditi na koji način je uvršten u već postojeći sistem međunarodnih ugovora i nacionalnih kolizionih normi. Osnovno pitanje, stoga, jeste područje primjene EKP-a i njegov odnos prema postojećem MPP-u.

2.1. Područje primjene i doseg EKP-a - univerzalnost ili evropeizam?

U oblasti međunarodne pravne pomoći, bez izuzetka, područje primjene ograničeno je na međusobne odnose zemalja članica EU. Klasične mjere pravne pomoći poput dostavljanja, pribavljanja dokaza, te oslobađanje javnih dokumenata od postupka legalizacije, na osnovu Prava EU pružaju se isključivo između sudova i organa različitih zemalja članica. Ovo jednako vrijedi i za propise o priznanju i izvršenju sudskih odluka u zemljama članicama na osnovu Uredbe Brisel I, te za Uredbu o stečajnim postupcima i Smjernicu o sanaciji i likvidaciji osiguravajućih društava, koje su primjenjive samo na stečajne postupke pokrenute u zemljama članicama. Iz toga slijedi da navedene oblasti, u slučajevima povezanim sa trećim zemljama, ostaju u

⁴¹ Vid. opširno I. Kunda, Uredba Rim II: ujednačena pravila o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2./2007, str. 1269-1324.

⁴² Prijedlog za Uredbu Vijeća za izmjenu Uredbe (EZ) br. 2201/2003 u poglednu nadležnosti za bračne stvari i uvođenja propisa o mjerodavnom pravu u ovoj oblasti; COM, 2006, str. 399 (Prijedlog za Uredbu Rim III).

⁴³ Zelena knjiga o nasljednom pravu i testamentima, COM, 2005, str. 65 (Rim IV).

⁴⁴ Zelena knjiga o kolizionim normama u bračno-imovinskom pravu sa posebnim težištem na sudskoj nadležnosti i međusobnom priznanju, COM, 2005, str. 400 (Rim V).

okviru (vanjskih) nadležnosti zemalja članica, tj. zaključenih međunarodnih ugovora ili nacionalnih propisa.

Nasuprot tome, pitanja nadležnosti na osnovu Uredbi Brisel I i Brisel II, te određivanje mjerodavnog prava na osnovu Uredbi Rim I, Rim II, te pojedinih akcesornih kolizionih normi u smjernicama, uređeni su prema načelu univerzalnosti. Za propise o nadležnosti u uredbi Brisel I, načelo univerzalnosti potvrđeno je u novijoj presudi *Owusu*⁴⁵. U ovoj presudi je, za primjenu Uredbe Brisel I, bila dovoljna veza samo sa jednom zemljom članicom i trećom zemljom, Velikom Britanijom i Jamajkom.⁴⁶ Interni odnosi zemalja članica rješavaju se na jednak način kao i činjenična stanja povezana sa trećim državama, u skladu sa sistemom ravnopravnosti utvrđenim klasičnim MPP-om. Izvjestan izuzetak čine pojedine Smjernice u oblasti radnog i potrošačkog prava, kojima će biti posvećeno sopstveno poglavlje. Područja koja nisu regulisana EKP-om prepuštena su uređenju od strane zemalja članica.

Konačno se, generalno, može reći da se procesni dio EKP-a (u širem smislu) većinski ograničava na činjenična stanja unutar EU, te je u svom dosegu „evropski“. Posljedica je, kako vertikalna (EU / zemlje članice), tako i horizontalna podjela podjela MPP-a (između zemalja članica) u rijetkim oblastima koje nisu regulisane Pravom EU.⁴⁷ Kolizione norme za određivanje mjerodavnog prava su većinski univerzalne, ali postoji još uvijek mnogo pravnih praznina koje popunjava nacionalno pravo zemalja članica, čime je u ovoj oblasti horizontalna podjela značajnija od vertikalne. Izuzetak čine akcesorne kolizione norme u potrošačkim i radnim smjernicama .

2.2. Odnos pravnih akti EKP-a prema univerzalnom MPP-u

Kod odnosa EKP-a prema međunarodnim ugovorima MPP-a, redovno se radi o odnosu Prava EU prema nacionalnom pravu zemalja članica, s obzirom da međunarodni ugovori, nakon procesa njihove implementacije, u skladu sa

⁴⁵ Vid. Staudinger u: *Europäisches Zivilprozessrecht*, (Hrsg. Rauscher), 2006 S. 450; Predmet C-281/02, *Owusu*, [2005] ECR I-1383.

⁴⁶ Time je konačno riješen spor oko mogućih uslova za primjenu uredbe Brisel I, poput veze sa najmanje dvije države članice. Za primjenu je dovoljna veza sa samo jednom zemljom članicom.

⁴⁷ K. Kreuzer (2006), *op. cit.*, S. 1 (56).

pojedininim nacionalnim pravom postaju dio nacionalnih pravnih poredaka. Odnos Prava EU prema nacionalnim pravima zemalja članica uređen je na taj način da je uspostavljena nadređenost Prava EU nad nacionalnim pravnim porecima zemalja članica. U presudi *Costa/E.N.E.L.* izričito se govori o nadređenosti primjene Prava EU, koja proizilazi iz njegove „posebne i originalne prirode”.⁴⁸ Osim toga u *Costa/E-N.E.L.* Evropski sud (pravde) u odnosu između Prava EU i zemalja članica izričito poništava načelo „lex posterior derogat legi priori”. Nadređenost primjene Prava EU važi prema svakom nivou nacionalnog prava, uključujući i ustavno pravo.⁴⁹ Nadređenost primjene Prava EU, koja u konkretnom slučaju potiskuje pravo zemalja članica, treba razlikovati od nadređenosti važenja Prava EU, koja bi suprotne norme nacionalnog prava učinila ništavnim.⁵⁰ Stoga nacionalni sudovi nisu dužni da sačekaju ukidanje nacionalnih propisa suprotnih Pravu EU, već moraju u granicama svoje nadležnosti osigurati puno dejstvo odredbi komunitarnog prava.⁵¹

Često je ovo pitanje odnosa EKP-a prema međunarodnim ugovorima MPP-a riješeno u samim međunarodnim ugovorima. Naime, međunarodni ugovori u oblasti MPP-a redovno sadrže klauzulu da odstupajući regionalni „international instruments” imaju prednost nad odredbama ugovora. S obzirom da su pravni akti EU zasnovani na primarnom pravu, koje je osnovano međunarodnim ugovorima, jasno da je da svi pravni akti Unije ispunjavaju kriterij „regionalnih pravnih instrumenata”. Raduje trenutni trend da se, kako u akte EU tako i u međunarodne ugovore, uvrsti odredba koja koordinira njihov odnos. Takav jedan primjer nudi član 61. Uredbe o bračnim stvarima, koji direktno uređuje odnos prema Haškoj konvenciji o roditeljskoj odgovornosti i zaštiti djece iz 1996. godine, čije se stvarno područje primjene gotovo u potpunosti podudara sa područjem primjene navedene Uredbe.⁵² S druge strane i sama Haška konvencija u članu 52. st. 4, propise kojima se u st. 1-3 uređuju odnosi prema drugim međunarodnim

⁴⁸ Predmet 6/64, *Costa v E.N.E.L.* [1964], ECR 1269.

⁴⁹ Vid. presudu 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, [1970] ECR 1125; Tako i N. Misita, *op. cit.*, str. 404.

⁵⁰ Vidi G. Reichelt (2002), S. 49.

⁵¹ R. Vukadinović, *Uvod u institucije i Pravo Evropske unije*, Kragujevac 2008, str. 73.

⁵² K. Kreuzer (2006), S. 1 (50).

aktima, isključivo proširuje i na jedinstveno (ujedinjeno) pravo, zasnovano na posebnim odnosima između država ugovornica, naročito regionalne prirode, čime se direktno uređuje odnos prema aktima EU. Ovako usklađene odredbe u mnogome olakšavaju primjenu kolizionog prava, kako MPP-a tako i EKP-a.

2.3. Osnovna načela Evropskog kolizionog prava

Ispitivanje postojanja načela Evropskog kolizionog prava zahtijeva obimno istraživanje prisutnosti svakog pojedinog načela MPP-a u pravnim aktima EU, koje nije prikladno ovakvom predstavljanju osnova EKP-a. Ipak, na temelju rezultata dugogodišnjeg istraživanja *Gerte Reichelt*⁵³, moguće je u kratkim crtama predstaviti osnovna načela zastupljena u EKP-u:

2.3.1. Univerzalnost

Univerzalni doseg normi EKP-a, kao što je prethodno navedeno, važi u potpunosti za norme kojima se određuje mjerodavno pravo i za dio procesnog EKP-a. U skladu sa njihovim odredbama, mjerodavno pravo se primjenjuje i onda, kada to nije pravo zemalja članica ili ugovornica, i u njima je ostvareno načelo univerzalnosti. Nasuprot tome, u ostalim normama EKP-a, ovo osnovno načelo MPP-a trenutno je narušeno.

2.3.2. Ex officio

S obzirom da se EKP formuliše u pravnim aktima koji u zemljama članicama ili važe neposredno (uredbe) ili su obvezujući (međunarodni ugovori, smjernice), a njihova primjena po službenoj dužnosti je utvrđena u stalnoj sudskoj praksi Suda EZ, jasno je da ovo načelo važi i za kolizione norme Prava EU.

Nasuprot tome saznanje sadržaja stranog prava koje određeni sud mora primijeniti, u EKP nije nigdje izričito navedena kao obveza po službenoj dužnosti. Međutim, stalnom sudskom praksom ES-a utvrđeno je da Pravo EU u zemljama članicama mora imati puno dejstvo, što u oblasti EKP-a znači da

⁵³ Europäisches Kollisionsrecht - Die Konventionen von Brüssel, Lugano und Rom, (Hrsg. Reichelt), Wien 1993; Europäisches Kollisionsrecht (Hrsg. Reichelt, Rechberger), Wien 2004; Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR- Ein Beitrag zur Kodifikation der Allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrecht, (Hrsg. Reichelt), Wien 2007; Kollisionsrecht in der Europäischen Union - Neue Fragen des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht, (Hrsg. Jud, Rechberger, Reichelt), Wien 2008.

se sadržaj stranog prava mora saznati po službenoj dužnosti radi efektivne primjene kolizionih normi Prava EU.⁵⁴

2.3.3. Kvalifikacija

Nesporno je da se kvalifikacija unutar EKP-a mora vršiti autonomno, tj. *lege fori europea*. Autonomno tumačenje Prava EU već rano je postala najvažnija metoda tumačenja Suda EZ u sklopu njegovog postupka prethodnog tumačenja u svim oblastima Prava EU.⁵⁵ Tako EKP ima sopstvenu metodu kvalifikacije, neovisnu od klasičnog MPP-a.

2.3.4. Vezivanje prethodnog pitanja

Vezivanje prethodnog pitanja ne predstavlja problem, kada na osnovu EKP-a sud jedne zemlje članice mora primijeniti pravo druge zemlje članice, s obzirom da za nju važi jednak EKP. Problem nastaje kada sud zemlje članice, kao mjerodavno pravo za glavno pitanje, mora primijeniti propise treće zemlje, te stoga odlučiti da li prethodno pitanje vezivati samostalno (*lege europaea*) ili nesamostalno (*lege causae*). Ovo pitanje nije izričito riješeno u EKP-u i stoga se treba oslanjati na rješenja ponuđena u klasičnom MPP-u.

2.3.5. Autonomija volje

Načelo autonomije volje pod naslovom „slobodni izbor prava“ redovno se nalazi u tekstovima donesenih i planiranih pravnih akata EU, te u EKP-u, kao i u klasičnom MPP-u, čini osnovno načelo.⁵⁶

2.3.6. Države sa složenim pravnim poretkom

Sve norme Evropskog kolizionog prava o pitanju država sa složenim pravnim poretkom izričito preuzimaju formulaciju člana 19. Rimske konvencije, prema kojoj se kod država sa više pravnih područja, svako od

⁵⁴ K. Kreuzer, Was gehört in den Allgemeinen Teil eines Europäischen Kollisionsrechtes? u: *Neue Fragen des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht, Kollisionsrecht in der Europäischen Union*, (Hrsg. Jud, Rechberger, Reichelt), Wien 2008, S. 1 (8).

⁵⁵ G. Reichelt (2002), S. 90.

⁵⁶ Vid. E. Jayme, L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées, *Annuaire de l'Institut de Droit International 64-I – Session de Bale*, 1991, p.13.

ovih područja smatra državom. Konkretno, pitanje država sa nejedinstvenim pravnim poretkom riješeno je načelom jednostepenosti⁵⁷, što znači da EKP neposredno određuje pravnu teritoriju unutar države čije će se pravo primjeniti, ne osvrćući se na podjelu nadležnosti prema nacionalnom pravu te države.

2.3.7. Renvoi

Pravne norme EKP-a uvijek upućuju neposredno na materijalno pravo druge države, uz isključenje kolizionih normi te države. Ovo je u slučajevima kada EKP upućuje na pravni poredak zemlje članice i razumljivo, s obzirom da i u toj državi važi jednak EKP, te bi se neminovno i preko kolizionog prava te države dolazilo do njenog prava kao mjerodavnog za relevantni slučaj. Ukoliko, međutim, EKP ukazuje na pravo trećih zemalja, u cilju ostvarenja međunarodne pravne sigurnosti smatram⁵⁸ da je nužno uzeti u obzir i koliziono pravo države na koju EKP upućuje. Ovo, međutim, nije uređeno postojećim EKP-om, koje trenutno ne poznaje načelo renvoi.

2.3.8. Klauzule odstupanja

Klauzule odstupanja su novija pojava u samom MPP-u i služe povećanju pravednosti *in concreto* nasuprot pravednosti samog sistema MPP-a. Klauzule odstupanja redovno određuju da se na slučaj treba primjeniti drugo pravo od onog koje bi, prema relevantnoj kolizionoj normi, bilo mjerodavno, ako iz cjelokupnih okolnosti proizilazi da slučaj očigledno ima bližu vezu sa tim drugim pravom. Klauzule odstupanja česte su i u EKP, te služe ostvarenju načela najbliže veze u konkretnim slučajevima.

2.3.9. Norme neposredne primjene

Opća definicija normi neposredne primjene nalazi se u novom članu 9. Uredbe Rim I: „Norme neposredne primjene su prinudni propisi, čije pridržavanje je od tolikog značaja za održanje političkog, socijalnog ili privrednog ustrojstva jedne države da je njihova primjena propisana za sve slučajeve koji spadaju u njihovo područje primjene, neovisno o mjerodavnom pravu određenom ovom Uredbom.“ Općenito govoreći radi se, dakle, o

⁵⁷ Vid. npr. E. Muminović, *Međunarodno privatno pravo*, Sarajevo 2006, str. 91.

⁵⁸ Jednakog mišljenja: K. Kreuzer (2008), S. 1 (20).

materijalnopravnim propisima, koji činjenično stanje regulišu apsolutno prinudno, tj. bez obzira na mjerodavno pravo utvrđeno kolizionim normama. Ove norme prvobitno su uređene članom 7. Rimske konvencije, a sada su sastavni dio Uredbi Rim I i II unutar EKP-a.

2.3.10. *Ordre public*

Svi pravni akti EKP-a sadrže klauzule javnog poretka, koje su preuzele formulaciju člana 16. Rimske konvencije: „Primjena odredbe prava određenog ovom konvencijom može se isključiti ako je takva primjena očito nespojiva s javnim poretkom države suda". Stoga javni poredak čini jedno od temeljnih načela EKP-a.

2.4. Odstupanje EKP-a od klasičnog MPP-a na primjeru potrošačkih smjernica EZ

Prijem kolizionih normi u mlađe potrošačke smjernice EZ zasnovan je na mišljenju evropskog zakonodavca da je harmonizacijom privatnog prava stvoreno sopstveno pravo, koje se garantovanom zaštitom potrošača i sopstvenim vrijednostima potencijalno razlikuje od prava trećih zemalja. To pravo je u svrhu svog efikasnog dejstva ovisno o njegovoj stvarnoj primjeni na sve slučajeve, koji su prema odluci *in concreto*, „slučajevi Zajednice”.⁵⁹ Dok smjernica o ugovorima sklopljenih van poslovnih prostorija⁶⁰ i Smjernica o putovanjima sa paket aranžmanom⁶¹ nisu sadržavale kolizione norme, koliziona norma člana 6. st. 2 Smjernice o nepoštenim klauzulama⁶² postala je uzor za kolizione norme u svim kasnijim potrošačkim smjernicama. Ona određuje da „zemlje članice donose nužne mjere da potrošač ne izgubi zaštitu pruženu smjernicom, kada je pravo treće zemlje izabrano kao mjerodavno pravo za ugovor i ugovor stoji u bliskoj vezi sa prostorom (jedne ili više)⁶³ zemalja članica."

⁵⁹ Schilling, *Binnenmarktkollisionsrecht*, 2006, S. 302.

⁶⁰ Uputstvo 85/577/EEZ za zaštitu potrošača u pogledu ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija, *Sl. list* L 372 str. 31.

⁶¹ Uputstvo 90/314/EZ o putovanjima sa paket aranžmanom, *Sl. list* L 158 str. 59.

⁶² Uputstvo 93/13/EZ o nepoštenim klauzulama u potrošačkim ugovorima, *Sl. list* L 95 str. 29.

⁶³ Član 12. st. 2 Uputstvo 97/7/EZ o zaštiti potrošača pri ugovorima na daljinu, *Sl. list* L 144 str. 19.

Prvo je uočljivo da zakonodavac potrošača smatra vrijednim zaštite samo u slučaju izbora mjerodavnog prava, ali ne i u slučajevima koji bi se vezivali objektivno.⁶⁴

Odnos kolizionopravnih propisa smjernica i njihovih nacionalnih implementacija, prema članu 5. Rimske konvencije, reguliše se u članu 20. Rimske konvencije, prema kojem kolizione norme smjernica uživaju nadređenost primjene nad Rimskom konvencijom u njihovom području primjene. U skladu s tim član 5. Rimske konvencije, zahvaljujući kolizionoj normi Smjernice o prodaji potrošačkih dobara, izgubio je svoj najvažniji predmet primjene, naime „ugovore o dostavi pokretnih stvari“, za cijeli niz kolizionopravnih problema.⁶⁵ Ovakva pravna situacija neće se promijeniti ni nakon stupanja na snagu Uredbe Rim I, jer njen član 23., uprkos oprečnim propisima u prijedlogu Uredbe, određuje da kolizione norme za ugovorne obligacione odnose, koje su sadržane u posebnim oblastima Prava EU, ostaju nedirnutе ovom uredbom.

2.4.1. Osnovne karakteristike kolizionih normi sadržanih u smjernicama

Već član 5. Rimske konvencije odstupa od klasičnog MPP-a⁶⁶ utoliko što materijalnopravna vrednovanja, tj. zaštitu potrošača, uključuje u vezivanje.⁶⁷ Ipak ostaje u okviru klasičnog MPP-a, jer ne vezuje za materijalnopravne propise, nego dosljedno za činjenična stanja i jer je uređen univerzalno, čime se u pojedinim slučajevima primjenjuje pravo potrošača, bez uslova da

⁶⁴ Izuzetak čini član 9. Timesharing-uputstva, koji najmanji nivo zaštite ove smjernice čini prinudnim uvijek „kada se nekretnina nalazi na suverenoj teritoriji jedne zemlje članice“; Uputstvo 94/47/EZ o zaštiti kupaca u vezi s određenim aspektima ugovora vezanih uz otkup prava na korištenje nekretnina na određeno vrijeme, *Sl. list* L 280 str. 83.

⁶⁵ Jayme, Kohler, *Europäisches Kollisionsrecht: Vergemeinschaftung durch „Säulenwechsel“*, *IPRax* 1997, S. 385 (388).

⁶⁶ O klasičnom MPP-u vidi. F.K. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts VIII*, 1849; Schwind, *Handbuch des Österreichischen Internationalen Privatrechts*, 1975; Neuhaus, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, 1976; Picone, *Les methodés de coordination entre ordre juridique en droit international privé*, 2000; Thue, *Internasjonal privatrett*, 2002; Rigaux, Fallon, *Droit international privé*, 2005; Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 2006.

⁶⁷ S. Leible, u: *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, (Hrsg. Schulte-Nölke, Schulze), 1999, S. 353 (364).

domovina potrošača mora biti zemlja članica EU.⁶⁸ Nasuprot tome jednostrane kolizione norme smjernica u potpunosti odustaju od prostornog sadržaja pravednosti MPP-a i slijede isključivi cilj da Pravo EZ, harmonizirano putem smjernica, zaštite od izbora prava treće zemlje.⁶⁹ Ovaj cilj dijele sa *ordre public* i smjernici daju karakter normi neposredne primjene u smislu člana 7. st. 2 Rimske konvencije.⁷⁰ Za razliku od klasičnih prinudnih propisa ne posjeduju bezuslovnu volju za dejstvom, već se primjenjuju samo kada je izabrano pravo treće zemlje manje povoljno od propisa smjernica. Ovo poređenje povoljnosti prava ne proizilazi izričito iz same formulacije kolizionih normi u smjernicama, nego rezultira, s jedne strane iz odgovarajućeg tumačenja Rimske konvencije, i s druge strane, iz postavljenog cilja da potrošač ne izgubi zaštitu pruženu u smjernicama; s obzirom da se mora osigurati samo da zaštita ne padne ispod nivoa propisanog smjernicama, primjena prava treće zemlje mora biti spriječena samo kada pruža jednak ili niži nivo.⁷¹

Pri tome smjernice EZ ovu posebnu zaštitu pružaju samo u slučaju da postoji „bliska veza” sa područjem (jedne ili više) zemalja članica.⁷² „Bliska veza”, međutim, osim u kolizionoj normi Timesharing-smjernice, koja formulacijom odstupa od navedenih, nigdje nije konkretizovana i time ostavlja širok prostor za nacionalne implementacije.

Konačno, kolizione norme potrošačkih smjernica, sa izuzetkom člana 9. Timesharing-smjernice, ne sadrže propise o objektivnom vezivanju, čime

⁶⁸ A. Junker, *IPRax* 1998, S. 65 (70).

⁶⁹ Ehle, *Wege zu einer Kohärenz der Rechtsquellen im Europäischen Kollisionsrecht der Verbraucherverträge*, 2001, S. 58; Kreuzer ih karakteriše kao "kolizione norme koje osiguravaju Evropsko privatno pravo", vid. K. Kreuzer (2006), S. 1 (48).

⁷⁰ E. Jayme, *Klauselrichtlinie und Internationales Privatrecht- Eine Skizze*, u: *FS Trinker*, 1995, S. 575 (576).

⁷¹ Schilling, *op. cit.*, S. 304. Tako i vladajuće mišljenje nauke K. Kreuzer (2006), S. 1 (49); E. Jayme (1995), S. 575 (577); S. Leible (1999), S. 353 (364); Nemeth, *Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz in Europa - Art 5 EVÜ und die einschlägigen Verbraucherrichtlinien*, 2000, S. 90.

⁷² Različite formulacije „područje zemalja članica” i „područje jedne ili više zemalja članica”, nemaju različit sadržaj: "bliska veza" mora postojati uvijek prema jednoj zemlji članici; Staudenmayer, u: *Angleichung des materiellen und des internationalen Privatrechts in der EU*, (Hrsg. Lando, Magnus, Novak-Stief), 2003, S. 57 (61).

zaštita potrošača pri nedostatku izbora prava, bez obzira na dovoljno jaku vazuu sa EU, smije zaostajati za kriterijima smjernica.⁷³ U skladu s tim u nauci se, s pravom, sumnja da se ovdje nije radilo o svjesnoj odluci evropskog zakonodavca.⁷⁴

2.4.2. Kritika

Dok cilj zakonodavca smjernica da prostor EZ kao „državnu teritoriju sa sopstvenim nacionalnim interesima", s obzirom na usklađeno pravo odvoji, te sa harmoniziranim pravom stvori sopstvenu pravnu kategoriju MPP-a, može naići na razumijevanje,⁷⁵ tehnika koja je korištena sigurno ne doprinosi njegovom ostvarenju. Uvođenjem jednostranih kolizionih normi u gotovo svaku potrošačku smjernicu novijeg datuma, te provođenjem 27 različitih implementacija u nacionalne pravne poretke, ujedinjenje kolizionopravne zaštite potrošača, ostvareno Rimskom konvencijom⁷⁶, ponovo je narušeno. Pri tome samo jedinstveno koliziono pravo potrošača donosi prednost da se, kod različitog materijalnog prava, bar smanji napor pri određivanju mjerodavnog prava.⁷⁷ Iz ovog razloga zemlje ugovornice Rimske konvencije potpisale su „Zajedničko saopštenje"⁷⁸ o sprečavanju razlika i fragmentacije kolizionopravnih izvora od strane organa EZ.

Osim toga, s obzirom na izričit kolizionopravni cilj „međunarodne harmonije odlučivanja", smjernice, koje još dodatno sadrže klauzule o minimalnoj

⁷³ Član 5. Rimske konvencije u ovim slučajevima pomaže samo unutar svog uskog područja primjene; S. Leible (1999), S. 353 (366).

⁷⁴ E. Jayme (1995), S. 575 (577); S. Leible (1999), S. 353 (367); suprotnog mišljenja: Staudenmayer, *op. cit.*, S. 64; tako i H. J. Sonnenberger, Die Umsetzung kollisionsrechtlicher Regelungsgebote in EG-Richtlinien, *ZeUP*, 1996, S. 382 (385).

⁷⁵ J. Basedow, Materielle Rechtsangleichung und Kollisionsrecht, u: *Internationales Verbraucherschutzrecht*, (Hrsg. Schnyder, Heiss, Rudisch), 1995, S. 11 (31); E. Jayme, u: *Europäischer Binnenmarkt Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung* (Hrsg. Hommelhoff, Jayme, Mangold), 1995, S. 35 (38); S. Leible (1999), S. 353 (382).

⁷⁶ H. J. Sonnenberger, *op. cit.*, S. 382 (386).

⁷⁷ Klauer, Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge, S. 130.

⁷⁸ *Sl. list* 1980 L 266/14; Zbog toga je u nauci zastupano mišljenje da kolizione norme smjernica treba shvatiti kao "narativne propise", koji se ne moraju implementirati; Vidi umjesto mnogih Jayme, Kohler, Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1993-Spannungen zwischen Staatsverträgen und Richtlinien, *IPRax* 1993, S. 357 (358).

harmonizaciji, predstavljaju najmanje prikladan instrument za stvaranje Evropskog kolizionog prava.⁷⁹ Haos u kolizionopravnom potrošačkom pravu EZ konačno je upotpunjen nepreciznom formulacijom „bliske veze“, koju je svaka zemlja članica implementirala na različit način.⁸⁰

Za stalnu diskusiju i dodatnu konfuziju pobrinula se odluka *Ingmar*⁸¹, čija pravna misao je okarakterisana kao prikladna za generalizaciju, te shodno tome i primjenu na potrošačke smjernice.⁸² U *Ingmar* Sud EZ je u smjernici o usklađivanju država članica u vezi sa samostalnim trgovačkim zastupnicima (86/653/EEZ Sl. list 1986 L 382/17) tumačenjem izveo kolizionopravni propis, koji ova smjernica ne sadrži; naime da se pri djelatnosti trgovačkog zastupnika u EZ prinudno pravo na naknadu štete kod raskida ugovora mora posmatrati kao međunarodno prinudno u smislu člana 7. Rimske konvencije, tj. mora se primjeniti i u slučaju, kada je ugovor o trgovačkom zastupanju zaključen sa preduzećem koje ima sjedište u trećoj zemlji i kada je izabrano pravo ove treće zemlje kao mjerodavno. Shodno tome o prinudnim propisima smjernica sa „snažnom vezom sa Zajednicom“ ne može se disponirati oprečnim izborom prava, ukoliko je pridržavanje ovih propisa nužno za ostvarenje ciljeva EZ. Time bi propis iz sudske prakse *Ingmar* bio od značaja

⁷⁹ S. Leible (1999), S. 353 (379).

⁸⁰ Usporedi o tome Jayme: „Haos kojeg smo se bojali je nastupio. Svaka zemlja je član 6. st. 2 Smjernice o nepoštenim klauzulama implementirala različito.“ (E. Jayme, Zum Stand des IPR in Europa, *IPRax* 1996, S. 65.)

⁸¹ EuGH 9.11.2000, Rs C-381/98, *Ingmar*, *Slg* 2000, I-9305; *Ingmar* je potvrđen u ES 23.3.2006, C-465/04, *Honyvem Informazioni Commerciali*, tačke 22, 23; Prevod presude *Ingmar* objavljen u M. Stanivuković, P. Đundić, *Praktikum za međunarodno privatno pravo (opšti deo)*, Novi Sad 2007, str. 265.

⁸² Bardas, *Die gemeinschaftsrechtliche Auslegung der Handelsvertreter-Richtlinie durch den EuGH im Lichte der Rechtssache Ingmar*, 2003, S. 116; Nemeth, Rudisch, EuGH 9. 11. 2000 Rs C-381/98 "Ingmar" - wichtige Klärung im europäischen IPR, *ZfRV* 2001, S. 179 (182); Staudinger, Die ungeschriebenen kollisionsrechtlichen Regelungsgebote der Handelsvertreter-, Haustürwiderrufs und Produkthaftungs-richtlinie, *NJW* 2001, S. 1974; Lurger, Augenhöfer, *Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht*, 2005, S. 207; Paefgen, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im Internationalen Vertragsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, *ZEuP* 2003, 266 (292); Summer, *Europäisches Vertragsrechtsübereinkommen unter besonderer Berücksichtigung des Grünbuchs zur Rom I Verordnung*, 2004, S. 104; Reich, Handelsvertreterrichtlinie unabdingbar gegenüber Drittlandprinzipial, *EuZW* 2001, S. 50; Tako i E. Jayme u: *Europäisches Kollisionsrecht*, (Hrsg. Reichelt, Rechberger), Wien 2004, S. 3 (10).

za sve potrošačke smjernice, koje ne sadrže kolizivne norme i precizirao bi „snažnu vezu sa EZ“ jer bi, preneseno na potrošačko pravo, prebivalište potrošača u jednoj zemlji članici i jedna daljna veza ugovora sa područjem zemalja članica bila dovoljna, kao što je to u *Ingmar* bilo područje djelovanja samostalnog trgovačkog zastupnika.⁸³ Kada bi se misao o prenosivosti sudske prakse *Ingmar* na potrošačke smjernice slijedila dalje, kriteriji sa „snažnu vezu sa EZ“ gradili bi i uslove za „blisku vezu“, te time ujedno značili i odrednice za nacionalnu implementaciju potrošačkih smjernica, koje već sadrže kolizivne norme. Pravnoj sigurnosti bi, naravno, mnogo bolje služilo izričito utemeljenje međunarodno-prinudnog karaktera ovakvih pravnih propisa.⁸⁴ Ali i time ne bi bio otklonjen posljedni nedostatak, na koji treba ukazati, naime da ovi propisi osiguravaju zaštitu pruženu smjernicom pri uskoj vezi sa područjem Zajednice, ali ne određuju i konkretno pravo koje zemlje članice je mjerodavno.

Konačno ostaje da se zaključi da je sama ideja dodavanja kolizionih normi svakom materijalnom pravu pogrešan put, koji potrošaču donosi više problema nego prednosti.⁸⁵ U ovom slučaju može se ponoviti cinična zamjerka *Junker*-a da se nepreglednost i fragmentacija Evropskog potrošačkog prava i njegovih kolizionih normi mora pozdraviti, jer se time pretjerana zaštita potrošača u EU poništava nemogućnošću njegovog sprovođenja.⁸⁶

3. NAČELO ZEMLJE PORIJEKLA I EVROPSKO KOLIZIVNO PRAVO

Načelo zemlje porijekla (*lex originis*), utemeljeno je u okviru načela međusobnog priznavanja propisa presudom *Cassis*, kojom je nastavljena *Dassonville* sudska praksa ES-a o slobodi kretanja robe.

U predmetu *Dassonville*, ES je iz načela zabrane diskriminacije u skladu sa članom 28. EZ razvila sveobuhvatnu zabranu ograničenja i otišao mnogo

⁸³ Lurger, Augenhofner, *op. cit.*, S. 207.

⁸⁴ Staudinger (2001), S. 1974 (1977).

⁸⁵ Tako E. Jayme (1995, *FS Trinker*), S. 575 (583).

⁸⁶ A. Junker, Von Citoyen zum Consommateur- Entwicklungen des internationalen Verbraucherschutzrechts, *IPRax* 1998, S. 65 (74).

dalje od same ravnopravnosti uvozne i domaće robe u zemlji odredišta.⁸⁷ U skladu sa formulom uspostavljenom u ovoj presudi zabranjeni su svi nacionalni propisi koji su prikladni da neposredno ili posredno, stvarno ili potencijalno otežavaju unutrašnju trgovinu. Ovu naročito široku formulu korigovao je ES u *Cassis* uvođenjem immanentnog ograničenja člana 28. EZ, prema kojem diskriminirajući propisi, osim u slučajevima člana 30. EZ, nisu protivni Ugovoru o EZ, ako su nužni za ispunjenje obveznih zahtjeva od općeg interesa.⁸⁸ Zaštita potrošača je izričito navedena kao obvezni zahtjev od općeg interesa.

Na osnovu navedene sudske prakse, Komisija je u svojoj „novoј strategiji“ zaključila da nije nužno ujednačiti cjelokupno pravo. Umjesto toga, u oblastima u kojima same tržišne slobode ne mogu osigurati slobodu kretanja robe i pružanja usluga, nacionalni propisi moraju štitići opće interese, zbog čega se ograničenja tržišnih sloboda moraju prihvatiti. Ovo prije svega znači da propisi od općeg interesa, koji vrijede u zemlji porijekla robe ili usluge, moraju principijelno i u drugim zemljama članicama biti priznati kao dovoljni.⁸⁹ Iz toga slijedi temeljna misao evropskopravnog načela zemlje porijekla (*lex originis*), da onaj, koji pruža usluge ili nudi proizvode, podliježe pravu samo one zemlje u kojoj je poslovno nastanjen.⁹⁰ Ukoliko na osnovu strožih propisa zemlje odredišta, opravdanim obveznim zahtjevima u skladu sa sudskom praksom *Cassis*, u pojedinim oblastima sistematski dolazi do nepriznavanja, to predstavlja indiciju da postoji potreba za daljnom harmonizacijom.⁹¹ Ovako se objašnjava osnovni proces harmonizacije u EU.

Uvođenjem načela zemlje porijekla i međusobnog priznavanja u sve veći broj evropskih akata 2001. godine navelo je *Jayme/Kohler-a* da svoju stalnu godišnju rubriku časopisa *IPRax* nazovu „Načelo međusobnog priznavanja

⁸⁷ G. Reichelt, *Das Herkunftslandprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht- Eine Einführung*, u: *Das Herkunftslandprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, (Hrsg. Reichelt), 2006, S. 3.

⁸⁸ G. Reichelt (2002), S. 156.

⁸⁹ Klauer, *Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge*, 2000, S. 101.

⁹⁰ G. Reichelt (2006), S. 3.

⁹¹ Jayme, Kohler, *Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?*, *IPRax* 2001, S. 501.

umjesto međunarodnog privatnog prava?".⁹² Rezultat je bila opširna naučna debata o svrsi međunarodnog privatnog prava, konkretno Evropskog kolizionog prava i njegovoj konkurenciji sa načelom međusobnog priznavanja u najširem smislu tog pojma. Pojednostavljeno prikazano, primjenom načela međusobnog priznavanja kao kolizione norme, uvijek bi se primjenivalo pravo države ponuđača kao zemlje porijekla, osim ako u zemlji kupca ne bi postojali stroži propisi od općeg interesa, čime bi međunarodno privatno pravo unutar EU postalo nepotrebno.

Načelo zemlje porijekla shvaćeno kao koliziona norma moglo bi prije svega potisnuti kolizionopravnu zaštitu potrošača, s obzirom da se ona sastoji u tome da se primarno primjenjuje pravo države potrošača.⁹³ U okviru ove diskusije mjerene su prednosti i mane načela zemlje porijekla i Evropskog kolizionog prava. Kao bitne mane načela zemlje porijekla ispravno su navedeni nepravično davanje prednosti ponuđaču u odnosu na potrošača⁹⁴, stvaranje različitih propisa ponašanja na jednakom tržištu, te utvrđivanje evropske zaštite potrošača na najnižem nivou.⁹⁵ Nasuprot tome, prednost prema mišljenju određenih naučnika, leži u tome da ovo načelo omogućuje lakšu primjenu prava, jer Evropsko koliziono pravo vodi do nepredvidivih rezultata i ne nudi nužnu pravnu sigurnost.⁹⁶

Protiv ovog mišljenja govori činjenica da, za različite oblasti, postoje različita načela zemlje porijekla.⁹⁷ Tako npr. nešto, što u potrošačkom ugovornom pravu predstavlja obvezni zahtjev, u vanugovornoj zaštiti potrošača može biti nedozvoljeno.⁹⁸ Osim toga, preuzimanje načela zemlje porijekla u ovoj oblasti

⁹² *Ibid.*

⁹³ Klauer, *op.cit.*, S. 97.

⁹⁴ Vid. Heiss, *ZEuP* 1996, S. 625 (645).

⁹⁵ G. Reichelt (2006), S. 7.

⁹⁶ Adensamer, *Herkunftslandprinzip als Herausforderung für das traditionelle IPR*, u: *Das Herkunftslandprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, (Hrsg. Reichelt), 2006, S. 55 (58).

⁹⁷ Grundmann u: *Das Herkunftslandprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, (Hrsg. Reichelt), 2006, S. 25.

⁹⁸ Ovo najjasnije izražava Siehr: "Načelo zemlje porijekla je nejasno. Ko se koristi ovim tamnim monstroom, njemu mora biti jasno da se kreće po blatnjavom prostoru i da postoji opasnost da i sam bude progutan." (K. Siehr, *Das Herkunftslandprinzip im IPR*, u: *Das*

ne bi unaprijedilo povjerenje potrošača i značilo bi da ponuđači, u skladu sa svojim pravom, mogu lakše ponuditi robu i usluge, ali nailaze na manji broj prekograničnih kupaca.⁹⁹

Najsnažniji argument protiv zamjene Evropskog kolizionog prava načelom zemlje porijekla, na kojem se zasniva i prethodna kritika, jeste njegov nedostatak pravednosti. Dok se Evropsko koliziono pravo zasniva na pravednoj ravnoteži između stranaka, što podrazumijeva i uzimanje u obzir njihove potrebe za zaštitom¹⁰⁰ i što se ostvaruje načelom najbliže (najtješnje, najsnažnije) veze, za priznavanje je u pojedinim slučajevima, dovoljno i stavljanje poštanskog sandučeta.¹⁰¹

Međutim, ovakva diskusija polazi od pretpostavke da u načelu zemlje porijekla postoji skriveni kolizionopravni sadržaj, kojeg prvo treba ispitati. Sudska praksa ES-a bi, za takvo ispitivanje, trebala postaviti osnovu, s obzirom da se kod načela zemlje porijekla radi o načelu specifičnom za Pravo EU. Pri tome se, odmah na početku, mora konstatovati da ES do sada još nijedan kolizionopravni propis nije okarakterisao kao protivan primarnom pravu.¹⁰² On mjerodavno materijalno pravo, određeno kolizionim propisima, uzima kao osnovu, a zatim to materijalno pravo podvrgne kontroli osnovnih sloboda sa jedinom mogućom posljedicom da propisi ovog materijalnog

Herkunftslandprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht, (Hrsg. Reichelt), Wien 2006, S. 93 (99).

⁹⁹ Adensamer, *op. cit.*, S. 55 (59).

¹⁰⁰ MPP ostvaruje jednakost poštujući različitosti, što čini njegov sadržaj pravednosti; G. Reichelt, Zur Kodifikation des Europäischen Kollisionsrechts- am Beispiel des ordre public, u: *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR- ein Beitrag zur Kodifikation der Allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechtes*, (Hrsg. Reichelt), Wien 2008, S. 5 (6); O opravdanosti kolizionopravne zaštite potrošača str. 150; Uporedi u ovom smislu argumentaciju Roth, Methoden der Rechtsfindung und Rechtsanwendung im Europäischen Kollisionsrecht, *IPRax* 2006, S. 338 (346).

¹⁰¹ Jayme, Kohler, *IPRax* 2004, S. 481. Za različite aspekte sadržaja pravednosti uporedi prije svih Jayme, Der Gerechtigkeitsgehalt des Europäischen Gerichtsstand- und Vollstreckungsübereinkommens (EuGVÜ), u: *Europäisches Kollisionsrecht- Die Konventionen von Brüssel, Lugano und Rom*, (Hrsg. Reichelt), Wien 1993, S. 33; Kropholler, *op. cit.*, S. 24.

¹⁰² Roth, *op. cit.*, S. 338 (340).

prava moraju ostati neprimjenjeni.¹⁰³ U skladu s tim kolizionopravni sadržaj načela zemlje porijekla može biti nađen samo u tome da se pravna posljedica, određena kolizionim pravom u pojedinim slučajevima posredno promijeni.¹⁰⁴ Izvlačenje „sveobuhvatne kolizione norme“ iz toga, mora se odbiti iz više razloga: Kao prvo upućivanje načelom zemlje porijekla moguće je samo onda kada je primjenljivo pravo zemlje odredišta, što opet za uslov ima njegovo određenje kolizionim pravom.¹⁰⁵ Kao drugo, ono ne može ispuniti funkciju upućivanja u svim činjeničnim stanjima, u kojima postoje dvije zemlje porijekla (npr. kada si dva radnika iz dvije zemlje članice međusobno nanesu štetu ili jedan snosi sukrivicu).¹⁰⁶ Ovo odgovara, u međuvremenu većinskom mišljenju nauke, koja načelo zemlje porijekla smatra korektivom materijalnog prava određenog Evropskim kolizionim pravom.¹⁰⁷

Ovo mišljenje potvrđuje i saopštenje Komisije o drugoj Smjernici o bankama¹⁰⁸, u kojem predlaže primarnopravno ispitivanje potrošačkih normi u tri koraka: 1. Određivanje mjerodavnog prava na osnovu Rimske konvencije; 2. Ispitivanje da li ovo pravo predstavlja prepreku za međusobno priznavanje; i 3. Primjena prava zemlje potrošača, ukoliko ono ne predstavlja prepreku, ili ako je opravdano ciljem obveznog zahtjeva od općeg interesa.¹⁰⁹

¹⁰³ Uporedi npr. ES 07.03.1990, predmet C-362/88, *GB-INNO*, 1990, I-667; ES 18.05.1993, predmet C-126/91, *Ives Rocher*, 1993, I-2361.

¹⁰⁴ Klauer, *op. cit.*, S. 103; Roth, *op. cit.*, S. 338 (340)

¹⁰⁵ Roth, *op. cit.*, S.338 (340);

¹⁰⁶ Adensamer, *op. cit.*, S. 55 (58).

¹⁰⁷ Kohler, Der europäische Justizraum für Zivilsachen und das Gemeinschaftskollisionsrecht, *IPRax* 2003, S. 407 (410); Roth, *op. cit.*, S. 338 (344); Klauer, *op.cit.* S. 104; Fezer, Koos, Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die e-commerce-Richtlinie, *IPRax* 2000, S. 349 (352); Staudenmayer, Aktuelle Probleme im Schnittbereich vom Verbraucherschutz und Internationalem Privatrecht, u: *Angeleichung des materiellen und des internationalen Privatrechts in der EU*, (Hrsg. Lando, Magnus), 2003, S. 57 (75); Spindler, Die E-Commerce Richtlinie und das internationale Wirtschaftsrecht, in, *Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht*, (Hrsg. Baur, Mansel) 2002, S. 109 (112); Thünken, Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, *IPRax* 2001, S. 15 (19); suprotnog mišljenja Schilling, *op. cit.*, S. 210.

¹⁰⁸ Saopštenje Komisije, Slobodni promet pružanja usluga i opći interes u Uputstvu o bankama, *Sl. list* 1998 C 167 str. 27.

¹⁰⁹ Klauer, *op.cit.* S. 105.

4. PRINCIPIJELNA (NAČELNA) SUDSKA PRAKSA ES-A U OBLASTI EVROPSKOG KOLIZIONOG PRAVA

U okviru postupka prethodnog odlučivanja u skladu sa članom 234. EZ Evropski sud je nadležan da odlučuje o tumačenju komunitarnog prava. Kada se pred nacionalnim sudom postavi pitanje tumačenja primarnog i sekundarnog Prava EU, ali, kao što će predstavljene slučaj pokazati, i pojedinih pravnih akata EKP-a u okviru pratećeg Prava EU, nacionalni sud se obraća ES-u. Obimna sudska praksa ES-a od ključne je važnosti za ispravno razumijevanje Prava EU. Sudsko pravo, pored primarnog, sekundarnog i pratećeg prava čini sastavni dio sistema pluralizma pravnih izvora u Pravu EU. Iako presude ES-a u skladu sa čl. 234 EZ prema usaglašenom mišljenju nauke imaju obvezujuće dejstvo samo *inter partes*, u sličnim slučajevima ES se, može osloniti na odgovarajuću prethodnu presudu. Stvarna obvezujuća snaga postupka prethodnog odlučivanja u praksi seže najčešće mnogo dalje od samog dejstva u slučaju koji je bio povod presude, te je teško napraviti razgraničenje od dejstva koje ima presedan.¹¹⁰

S ciljem razumijevanja pluralizma pravnih izvora unutar Prava EU i uloge pratećeg prava u tom sistemu u nastavku će biti predstavljeni najvažniji dijelovi presude *Ivenel* u njihovom izvornom obliku. Naknadni rezime služi razumijevanju važnosti ove presude za sam razvoj Prava EU.

¹¹⁰ G. Reichelt (2002), S. 81.

Principijelna odluka *Ivenel*¹¹¹

Činjenično stanje:

U septembru 1971. Roger Ivenel, sa prebivalištem u Straßburg-u (FRA), i Helmut Schwab, rukovodilac preduzeća za izgradnju mašina sa sjedištem u Bavarskoj (Njemačka), zaključili su ugovor o trgovačkom zastupništvu prema kojem je Ivenel u Francuskoj trebao prodavati Schwab-mašine i za to dobivati proviziju. Ivenel je u julu 1976. zbog neplaćanja obustavio svoju djelatnost za Schwab-a, te 1977. godine podnio tužbeni zahtjev protiv Schwab-a pred Conseil de prud'hommes commerciaux u Straßburg-u za plaćanje izostalih provizija i povezanih naknada.

Tužena strana uložila je prigovor kako stvarne tako i mjesne nenadležnosti francuskog suda. Prvostepeni sud relevantni ugovor okarakterisao je kao ugovor o radu, te se proglasio stvarno nadležnim. Mjesnu nadležnost zasnovao je na mišljenju da član 5. Briselske konvencije mjesnu nadležnost određuje na osnovu mjesta ispunjenja ugovora. U ovom slučaju je to Straßburg, jer je mjerodavna obveza zastupnika, koji je svoj biro imao u ovom gradu.

Tužena strana se potom žalila pred Cour d'appel Colmar, koji je potvrdio vrednovanje ugovornog odnosa kao ugovora o radu i proglasio se stvarno nadležnim. Međutim, Sud druge instance mjerodavnom je smatrao tuženu obvezu, naime plaćanje provizija i otpremnina, koja u skladu sa njemačkim a i francuskim pravom, predstavlja dug, po koji se mora otići kod dužnika, te na osnovu toga utvrdio sopstvenu mjesnu nenadležnost.

Sud treće instance stoga je zaključio da postoji nerazjašnjeno pitanje, koja od različitih spornih obveza iz zaključenog ugovora zasniva mjesnu nadležnost u skladu sa članom 5. br. 1 Briselske konvencije, te se za njegovo tumačenje obratio ES-u za prethodnu odluku.

¹¹¹ ES 133/81, presuda od 26. maja 1982., *Ivenel*, 1982, 1891; Ispravan je i termin "načelna odluka" (engl. *principal decision*, njem. *Grundsatzentscheidung*) - radi se o temeljnoj, važnoj odluci ali i o odluci koja uspostavlja (utemeljuje) novo načelo (princip), koja je, dakle, *konstitutivnog karaktera*.

Zaključak generalnog advokata¹¹²

Član 5. br. 1 Konvencije o nadležnosti tumači se tako da se kod obostranih ugovora ne utvrđuje jedno mjesto ispunjenja obveze – na osnovu izvršenja karakteristične radnje - već je mjerodavna ona obveza, koja čini osnov za tuženo potraživanje. U slučaju potraživanja zbog povrede ugovornih obveza mjerodavna je ona obveza, čije neispunjenje se tuži. Ukoliko se tuži više ugovornih obveza, onda se, prema pravu primjenjivom na ugovor, istraži koja je glavna obveza tužene strane; pa se prema mjestu njenog ispunjenja određuje nadležnost za taj pravni spor.

Presuda:

Ako se tužbeni zahtjev zasniva na različitim obvezama iz ugovora o zastupništvu, koji radnika veže za preduzeće, onda je za primjenu člana 5. br. 1 Konvencije o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima od 16.09.1968. mjerodavna ona obveza, koja je za taj ugovor karakteristična.

Rezime:

Evropski sud, u skladu sa protokolom od 3. juna 1971.¹¹³, ima nadležnost za tumačenje Briselske konvencije od 27. septembra 1968. o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima. Postupak tumačenja ove konvencije uređen je prema uzoru postupka prethodnog odlučivanja u skladu sa članom 234. EZ.

U presudi *Ivenel* ES bez potrebe za dodatnim obrazloženjem Briselsku konvenciju tumači u skladu sa tada novim pravnim aktom MPP-a, Rimskom konvencijom. Mjesto ispunjenja obveze u skladu sa članom 5. Briselske konvencije, ES kvalifikuje prema načelu karakteristične radnje utemeljenom u Rimskoj konvenciji. Značaj presude *Ivenel* leži u uspostavljanju pravne veze između Briselske i Rimske konvencije¹¹⁴ kao najvažnijih pravnih izvora međunarodnopravne integracione faze nastajanja EKP-a, te konačno

¹¹² Engl. *opinion*; njem. *Schlussantrag*; fran. *conclusion*; ne preporučuje se prijevod "mišljenje" zbog mogućnosti zamijene sa mišljenjem u skladu sa članom 249. st. 5 EZ, te brojem mišljenjima koja se daju u interinstitucionalnom dijalogu organa EU.

¹¹³ Protokol o tumačenju Briselske konvencije, *Sl. list* 1975 L 204.

¹¹⁴ Vidi o obe konvencije opširno *Europäisches Kollisionsrecht - Die Konventionen von Brüssel, Lugano und Rom*, (Hrsg. Reichelt.), Wien 1993.

postavljanjem temelja za razvoj Evropskog kolizionog prava kao samostalne pravne oblasti.

5. ZAKLJUČAK

Sa Evropskim kolizionim pravom Međunarodno privatno pravo u Evropi, kao mjestu svog nastanka, dobija nove vrijednosti. Evropsko koliziono pravo unutar Prava EU služi uređenju privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti, koji nisu neposredno regulisani ujednačenim privatnim pravom EU. Međunarodno privatno pravo sa svojim načelima ravnopravnosti nacionalnih pravnih poredaka i pravednom određivanju mjerodavnog prava na osnovu načela najbliže veze, sukobljava se sa ciljevima EU da privatno pravo ujednači, ili ako to nije moguće, harmonizira, te tako ujednačeno/harmonizirano pravo primjenjuje na što veći broj slučajeva.

Osim toga, promjene u međunarodnom privatnom pravu unutar EU donose i sami pravni izvori EU, koji su za nacionalne pravne poretke neminovno predstavljali novitete. Uredbe ne pružaju fleksibilnost, ne dopuštaju uticaj pravne nauke i nacionalne sudske prakse, koji su do sada karakterisali međunarodne ugovore u ovoj oblasti. Nasuprot tome, smjernice vode ka fragmentaciji nacionalnih kolizionopravnih izvora, jer često nisu usklađene sa postojećim Međunarodnim privatnim pravom, te ostavljaju mogućnost da svaka zemlja članica odredbe smjernice implementira na različit način.

Ipak, Međunarodno privatno pravo sa Evropskom unijom prvi put je dobilo nužnu političku potporu za ostvarenje davno definisanog cilja, jedinstvenog Evropskog zakonika međunarodnog privatnog prava. Iako kontradiktorni, procesi stvaranja Evropskog civilnog zakonika i Evropskog zakonika međunarodnog privatnog prava unutar EU dešavaju se paralelno, pri čemu, zbog manjih razlika među nacionalnim pravnim porecima, prednjači kodifikacija Evropskog kolizionog prava. Time se stvara potreba za kodifikacijom načela Evropskog kolizionog prava u budućem opštem dijelu Zakonika, koja treba da vrate nužnu fleksibilnost za daljni razvoj Međunarodnog privatnog prava u Evropi.

Zusammenfassung

Der im Gemeinschaftsrecht herrschende Pluralismus der Rechtsquellen sowie die Rechtsquellenlehre des Internationalen Privatrechts (IPR), macht das Europäische Kollisionsrecht, das zwischen diesen beiden Disziplinen entstand, zu einer komplexen Materie, in denen die Ziele der Europäischen

Union und des klassischen IPR zusammenstoßen. So beansprucht allein die Begriffsbestimmung des Europäischen Kollisionsrechts eine detaillierte Analyse der Rechtsquellen des Gemeinschaftsrechts und des IPR, ihres Verhältnisses zueinander und der Rechtsmethode sowie des *raison d'être* des Europäischen Kollisionsrechts.

Die vollendung des Traums von Ernst Frankenstein, nämlich die Kodifizierung des IPR auf europäischer Ebene, wird vom Gesetzgeber der Europäischen Union vollzogen, der paradoxer Weise vorrangig eine Vereinheitlichung des Privatrechts in der EU anstrebt. Bis diese Privatrechtsvereinheitlichung vollzogen ist, besteht weiterhin das Bedürfnis nach dem Koordinations- und Gerechtigkeitssystem des IPR, das in der EU aufgrund eigener Ziele und Vorgaben, eigene Wertungen erfuhrt und sich zur selbstständigen Disziplin entwickelte.

Dieser Artikel untersuchte die Entstehung des Europäischen Kollisionsrechts, seinen derzeitigen Bestand, seine Grundeigenschaften, sein Verhältnis zu den Grundfreiheiten sowie den Einfluss der Rechtsprechung des EuGH auf seine Entwicklung zur eigenen Disziplin.

Schlussbemerkungen

Mit dem Europäischen Kollisionsrecht (EKR) erfährt das IPR in Europa, dem Ort seiner Entstehung, neue Werte. Das EKR dient im Rahmen des EU-Rechts der Bestimmung des anwendbaren Rechts auf Privatrechtsverhältnisse mit Auslandsberührung, die durch das vereinheitlichte Privatrecht der EU nicht unmittelbar geregelt wurden. Das IPR mit seinen Grundsätzen der Rangleichheit der nationalen Privatrechtsordnungen und der gerechten Bestimmung des anwendbaren Rechts aufgrund des Grundsatzes der stärksten Beziehung, kollidiert mit den Zielen der EU, das Privatrecht zu vereinheitlichen, oder wenn dies nicht möglich ist, zu harmonisieren, und das so vereinheitlichte / harmonisierte Recht auf möglichst viele Fälle anzuwenden.

Außerdem verursachen die Rechtsquellen der EU, die als solche Neuheiten für die nationalen Privatrechtsordnungen darstellten, Veränderungen im IPR. Die Verordnungen bieten nicht die Flexibilität, erlauben nicht den Einfluss der Rechtslehre und der nationalen Rechtsprechung, die bisher die Staatsverträge mit sich brachten. Dagegen führen die Richtlinien zur Fragmentierung der nationalen kollisionsrechtlichen Bestimmungen, da sie oft nicht mit dem bestehenden IPR vereinbar sind, sowie den Raum

verschaffen, dass jeder Mitgliedsstaat die Richtlinienbestimmungen anders umsetzt.

Dennoch bekam das IPR mit der EU erstmals den notwendigen politischen Rückhalt zur Verwirklichung eines bereits lange festgesetzten Zieles, nämlich eines einheitlichen europäischen IPR-Gesetzes. Obwohl entgegengesetzt, werden die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches und eines europäischen IPR-Gesetzbuches parallel vollzogen, wobei aufgrund geringerer Unterschiede zwischen den nationalen Privatrechtsordnungen die Kodifizierung des EKR weiter fortgeschritten ist. Dadurch entsteht das Bedürfnis für eine Kodifikation der Allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts in einem Allgemeinen Teil des zukünftigen Gesetzbuches, die die notwendige Flexibilität für die Weiterentwicklung der IPR in Europa zurückbringen sollen.

Schlüsselwörter: Kommunitarisierung des IPR; Quellen des IPR der EU; Grundeigenschaften des IPR der EU; Grundsätze des IPR der EU; Herkunftslandsprinzip; Rechtsprechung des EuGH

Rajko KNEZ*

UDK: 341.9(4-672EU)

str. 59-76.

FREEDOM TO PROVIDE SERVICES IN THE INTERNAL MARKET AND CONSUMER PROTECTION

1. INTRODUCTION

During the last decade, freedom to provide services in the internal market was marked by a large number of court cases on which the European Court of Justice (hereinafter referred to as ECJ) took decisions, and by the attempts of the European legislators, and above all, of the Commission of the European Communities (hereinafter referred to as EC Commission), to adopt the Directive on Services in the internal Market (hereinafter referred to as DSIM). After years of endeavours² and lobbying efforts, the Directive was adopted on 19 December 2006. DSIM³ implements a great deal of the case law of the ECJ. However, it does not determine all those justifications which the ECJ has made (through longstanding case law) for the exceptions to the freedom to provide services. Although this is largely a codifying Directive (this applies primarily to its second and third parts specifying the rules on freedom of establishment for service providers and the rules on free movement of

* Professor of University of Maribor.

² See more at C. Barnard, Unravelling the services Directive, *CML Rev.*, No. 2/2008, pp 325-331.

³ Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on Services in the Internal Market, *Official Journal of the European Union*, L376/36, of 27 December 2006. The Directive must be implemented in the national legal systems by 28 December 2009.

services in general), it has outlined some differences between freedom of establishment and freedom to provide services. Inter alia, these differences also refer to the justified restriction on both freedoms for a consumer protection reason. The latter might be a possible justification for freedom of establishment, whereas this reason is not included in the justified exceptions to observing the rules on free movement of services. This paper tries to analyse the consumer protection role in the area of freedom to provide services whether it is about the provision of services throughout establishment or it is about the standard *active* and *passive freedom*⁴ to provide services without including freedom of establishment.

The paper pays attention to the situation justified by a reason relating to consumer protection within the framework of two freedoms: freedom to provide services and freedom of establishment. First, the situation is analysed within the development of the case law of the EG (Chapters 2 and 3). Then the changed situation is dealt with according to DSIM (4). Namely, regarding the exceptions justified by reasons relating to the overriding reason in public interest, such as consumer protection, the case law is not changed concerning the exceptions to the freedom of establishment, and it follows this line of case law as an established axiom. In the area of freedom to provide services (i.e., when it is not about the freedom of establishment for service providers), DSIM enacted the country of origin principle that is restricted and weakened. It no longer determines the consumer protection reason as an overriding reason relating to the public interest.

⁴ Active freedom to provide services means that the service provider actively provides services to a service recipient in a Member State (host Member State) other than its country of establishment (Member State of origin). Passive freedom to provide services means that the service provider is passive in the sense that it provides a service in the country of establishment because the service recipient fetches the service from another Member State (e.g., a visit to a doctor to receive medical services, a visit to an adviser, etc.) For more information, please see at W.H. ROTH, *Freier Dienstleistungsverkehr und Verbraucherschutz*, *VuR - Verbraucher und Recht*, No. 5/2007, pp 161-162.

2. FREEDOM TO PROVIDE SERVICES

2.1 Overview

The basic rule of the freedom to provide services, which is included in the Treaty Establishing the European Community (hereinafter referred to as ECT, Article 49), defines the prohibition of formal and covert discrimination in the area of freedom to provide services. The case law has extended this directly effective rule to the prohibition of indistinctly applicable measures. This means that the measures of the Member States, which do not formally discriminate between different service providers or between services recipients from different Member States, but the circumstances of the case nevertheless lead to discrimination, are not allowed either. The case law underwent its further development in the *Säger* case where it made a close approach to the rules on the free movement of goods (Article 28 ECT). It is not only about the indistinctly [sic] applicable measures that would imply actual discrimination, but following the model of the *Cassis de Dijon*⁵ decision, no indistinctly applicable measures taken by the Member States are allowed to make providing and receiving services less attractive (weniger attraktiv machen, less attractive)⁶ in the other Member State. Despite some deviations in the cases *Viacom*⁷ and *Mobistar*,⁸ the rules, adopted in the *Säger* case, still

⁵ Case 120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECR 1979, page 649.

⁶ Case C-76/90, *Manfred Säger v Dennemeyer & Co. Ltd.*, ECR 1991, page 4221. Advocate-general Has noted on this: "it may be thought that services should rather be treated by analogy with goods, and that non-discriminatory restrictions on the provision of services should be approached in the same way as non-discriminatory restrictions on the free movement of goods under the *Cassis de Dijon* line of case-law. That analogy seems particularly appropriate, where, as in the present case, the nature of the service is such as not to involve the provider of the service in moving physically between Member States but where instead it is transmitted by post or telecommunications (see *Introduction to the Law of the European Communities*, by P.J.G. Kapteyn and P. VerLoren van Themaat, 2nd edition, edited by L.W. Gormley, 1989, pp. 443-452)." See also a similar case No. 55/94, *Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, ECR 1995, p. 4165.

⁷ Case C-134/03, *Viacom Outdoor Sri v Giotto Immobilier SARL*, ECR 2005, page 1-1167.

⁸ Joined cases C-544/03 and 545/03, *Mobistar SA v Commune de Heron in Belgacom Mobile SA v Commune de Schaerbeek*, ECR 2005, page 1-7723; in both cases there is a de minimis deviation. For more information, please see J. Meulman, H. de Waele: A Retreat from

serve as a lighthouse to judge what restrictions are allowed and which ones are not in view of the freedom to provide services.⁹

Services are defined either as services performed by individuals who pursue professional occupations or as onerous services provided by companies and enterprises, etc. This is a very abstract definition that practically includes any economic activity based on a contractual relationship. In principle, such activities are performed for certain compensation that can be in cash, in kind, in service, etc.

The rules on free movement of services are used for at least four possible ways to provide services. A standard way: (i) the service provider goes to the Member State of the service recipient and the service provider provides the service there, (ii) The other way is the way where the service recipient goes to the service provider in another EU Member State to receive services there, (iii) However, there are also two ways where a service provider and a service recipient are in their EU Member States, and the service is provided on a cross border basis through certain media (e.g., Internet, post, etc.). (iv) In the fourth way, a service provider and a service recipient (both of them can have their head office or residence in the same Member State) provide and receive services in another Member State. In doing so, active and passive freedom is differentiated to provide services as described above. In free movement of services, where the service itself moves from one EU Member State to another, and persons do not have to move at all, there is no division to active and passive freedom to provide services.

The ECJ case law formed a considerable number of rules in the area of freedom to provide services in the late nineties. These rules upgraded the basic rules for interpreting Article 49 of ECT. However, the case law of the ECJ has never made a considerable deviation nor has it exhibited other perception of freedom to provide services.¹⁰ DSIM has codified mentioned

Säger? Servicing or Fine-Tuning of the Application of Article 49 ECT, *Legal Issues of Economic Integraion*, Volume 33, No. 3/2006, pp 226-228.

⁹ For more information, please see J. Meulman, H. de Waele: *ibid*, similarly also R. Knez, Consumer Protection in the European Union. *Revizor*, June 2004, Vol. 15, No. 6, pp 88-111.

¹⁰ For more information, please see V. Hatzopoulos, T. Uyen Do: The Case Law of the ECJ concerning the Free Provisions of Services: 2000-2005, research Papers in Law, *CIVIL Rev.* No. 4/2006.

case law which refers to all the above-described four types of freedom to provide services, and partially also to the case law of Articles 43 and 48 of ECT applying to the freedom of establishment.¹¹ Under the rules of both freedoms, (i.e., in freedom to provide services and in freedom of establishment) as well as under the case law justifications based on the overriding reasons relating to the public interest are possible.^{12 13}

One such reason is also consumer protection. Namely, it is not that neither one nor the other freedom could be completely absolute and that it would, per se, prohibit anything that is not completely free (so, it is not about full liberalisation¹⁴), but under certain conditions and reasons, justifications under the ECT are possible (public order, public security, public health: Article 46 of ECT) as well as case law based justifications by overriding reasons relating to the public interest (these reasons justified by overriding reasons relating to the public interest can be found in paragraph 40 of the preamble to DSIM¹⁵).

¹¹ Under item 6 of the preamble, DSIM clarifies why codification is necessary: "Those barriers (i.e., barriers to freedom to provide services and barriers to freedom of establishment, a note by the author) cannot be removed solely by relying on direct application of Articles 43 and 49 of the Treaty, since, on the one hand, addressing them on a case-by-case basis through infringement procedures against the Member States concerned would, especially following enlargement, be extremely complicated for national and Community institutions, and, on the other hand, the lifting of many barriers requires prior coordination of national legal schemes, including the setting up of administrative cooperation."

¹² See more details in note 14

¹³ For more information, please see C. Barnard, *Unravelling the services Directive, v: Common Market Law Review* (CML Rev.), No. 2/2008, pp 350-376

¹⁴ In this context, in the second paragraph of item 1 in Article 16, DSIM misleads us by indicating that "The Member State in which the service is provided shall ensure free access to and free exercise of a service activity within its territory." It needs to be interpreted along with other provisions that allow restrictions and not a total liberalization.

¹⁵ The preamble for item 40 correctly summarizes the ongoing development of the ECJ case law regarding the reasons (21) that are considered as overriding reasons relating to the public interest: The concept of "overriding reasons relating to the public interest" to which reference is made in certain provisions of this Directive has been developed by the Court of Justice in its case law in relation to Articles 43 and 49 of the Treaty and may continue to evolve. The notion as recognised in the case law of the Court of Justice covers at least the following grounds: public policy, public security and public health, within the meaning of Articles 46 and 55 of the Treaty; the maintenance of order in society; social policy

2.2 Consumer Protection

In limine, it needs to be clarified that in addition to the anticipated justifications of limitations to freedoms, such as freedom to provide services and freedom of establishment included in the ECT, the ECJ realized already in its first decisions (referring to options of additional justifications).¹⁶ Quite some additional case law based justifications are possible. At the same time, the EG began (*praeter legem*) to create the conditions for their enforcement. The list of justifications is still not final yet. In the area of free movement of services, this practice was commenced with the *Van Binsbergen*¹⁷ case which had emerged prior to the famous *Cassis de Dijon*¹⁸ case in which the ECJ decided that the four freedoms should be completed with the justifications on a case law basis and not just by those anticipated by the ECT.

In this respect, the ECT was overoptimistic and justification reasons from Article 46 of ECT could be self-sufficient only in the event that the harmonisation and unification of freedom of establishment and freedom to provide services would be so perfect and simultaneously so intense that many other reasons, which appear legitimate for the Member States to restrict one or other freedom, would be either superfluous or unjustified. On the one

objectives; the protection of the recipients of services; consumer protection; the protection of workers, including the social protection of workers; animal welfare; the preservation of the financial balance of the social security system; the prevention of fraud; the prevention of unfair competition; the protection of the environment and the urban environment, including town and country planning; the protection of creditors; safeguarding the sound administration of justice; road safety; the protection of intellectual property; cultural policy objectives, including safeguarding the freedom of expression of various elements, in particular social, cultural, religious and philosophical values of society; the need to ensure a high level of education, the maintenance of press diversity and the promotion of the national language; the preservation of national historical and artistic heritage; and veterinary policy."

¹⁶ The difference between "entitlement" and "justification" lies in the fact that the reasons for entitlement are given beforehand, i.e., *ex ante*. The word implies that it is about a well-founded measure, whereas the term "justification" means that the reasons for an exception are only being looked for and the exception is being justified (*ex post*). When justifications (according to the EG case law, they are overriding reasons) are accepted in DSIM, they are becoming entitlements.

¹⁷ Case 33/74, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, ECR 1974, p. 1299.

¹⁸ Please see note 5 above.

hand, it became legally and actually clear already in the sixties of the last century that the ECJ would have to find an intermediate path between the idea and the internal market tendency toward a large degree of liberalisation of the four freedoms, but on the other hand, it would have to find an intermediate way between the well-grounded expectations, solid reasons and a small degree of sovereignty of the Member States in areas such as social policy, consumer protection, protection of workers, animal protection, financial security, security of economic systems of the Member States, environmental protection, creditor protection, etc. in which the EU cannot find such important reasons as to deny the well-grounded and legitimate expectations of the Member States for observance of their national rules even in the case when the four economic freedoms of the internal market are hindered of their full effect.

However, for all these reasons collectively called *overriding reasons relating to the public interest*,¹⁹ and to which consumer protection also pertains, the ECJ has drawn up a test that has to be completed so that an overriding reason relating to the public interest can be justified. The substance of the test, called justification test, is the following check list:

- 1) to check out whether or not there already exists protection of such an overriding reason relating to the public interest at the level of the EU law rules;
- 2) if this is not the case, then it needs to be ascertained whether the reason can be defined as an overriding reason relating to the public interest;
- 3) the measure taken by the Member State must be non-discriminative;
- 4) the measure taken by the Member State must be legal;
- 5) the measure taken by the Member State must be appropriate for achieving such an overriding reason relating to the public interest;
- 6) the measure taken by the Member State must be necessary and indispensable;

¹⁹ In the field of free movement of services the notion mandatory requirements is more frequently used.

- 7) protection of an overriding reason relating to the public interest is not sufficiently protected in the Member State of origin, i.e., in the Member State of the service provider, and
- 8) the Member State action must be such as to ensure the attainment of the objective set, i.e., the protection of an overriding reason relating to the public interest, and it must not exceed what is necessary to achieve this objective; in addition, it cannot be replaced by other less restrictive measure through which the same results can be achieved (proportionality test).

The standards of the check-list described above are the control standards which the ECJ does not consistently test in each case. In its case law, one can detect more or less detailed arguments given by the ECJ in various cases with varying degrees of intensity of its arguments when the court tries to substantiate whether or not a certain measure taken by the Member State is justified. The same applies to consumer protection.

The key question that arises here is where the consumer protection level is actually set so high to achieve the qualification of the overriding reason relating to the public interest. The EU accepts an information model as an appropriate consumer protection system. This is the model after which the consumer is understood as a member in the production and sales chain. As such, the consumer must be sufficiently well informed to decide on the conclusion of a legal transaction (purchase of goods or services). In this case, the consumer must act with *due diligence of an average consumer*.²⁰ In the EU, the consumer image [sic] is thus a well informed consumer who shall decide upon transactions on his/her behalf. Children as a special group of consumers are protected by a higher level. Therefore, the level of control standards is here considerably higher. What has been described is, of course, the European legislator standard and case law (the ECJ has frequently noted in its decisions that the consumer must not be overprotected), whereas the consumer protection level may be different under the Member State national legislation. In addition, the Member States usually treat consumers as individuals who are one-shot litigants without legal knowledge, and

²⁰ For more information, please read R. Knez, *EU Law Concerning Consumer Protection*, GV Publishing House, (Editor V. Trstenjak, authors D. Možina, V. Trstenjak, R. Knez), Ljubljana, 2005, pp 28-30.

therefore they rarely decide to seek their rights either within the out-of-court or judicial enforcement of consumer protection. That is why consumers are usually more protected at the national legal systems as compared to the protection level in the EU. In this respect, the European legislator's recent exclusive approach to *minimum harmonisation*²¹ was in favour to the Member States since the latter were able to enact a higher level of consumer protection when implementing the directives.

Irrespective of the protection level the individual Member States exercises, for the consumer protection reason as being justified from the viewpoint of the overriding reason relating to the public interest, the EU sets its limit to the definition of the European consumer. This limit is not entirely clear either. In addition to the basis and the starting point of the protection level at the EU level, which is simultaneously the level that justifies the overriding reason relating to the public interest, there is an information model of consumer protection where there are certain areas in which the consumer is more strictly and more comprehensively protected than in other areas. These are, for example, the areas of financial services where the ECJ admits their especially sensitiveness²² with complex legal products. But the field of in the

²¹ The EU legislation uses several harmonisation methods: total or exhaustive harmonisation that does not allow deviations, except when it comes to protective clauses; optional harmonisation that allows application of the national law of the Member States or the EC law in a given area, and delegates the decision to the Member States themselves (opting-out option); partial harmonisation that only refers to certain aspects of a given area (for example, to international transactions only); *minimum harmonisation* that allows the Member States to introduce more stringent measures; alternative harmonisation allows the Member States to choose between several alternative harmonisation methods. For more information, please read W. van Gerven, Harmonization of Private Law: Do we need it? CML Rev. No. 4/2004, page 508.

²² In the case C-225/95, *Societe civile immobiliere Parodie v Banque H. Albert de Bary et Cie*, ECR 1997, page 1-3899, the ECJ explained under the point 22: "It must be recognized in this regard that the banking sector is a particularly sensitive area (emphasis a.) from the point of view of consumer protection. It is, in particular, necessary to protect the latter against the harm which they could suffer through banking transactions effected by institutions not complying with the requirements relating to solvency and whose managers do not have the necessary professional qualifications or integrity (emphasis a.)."

first place, within financial services, the need for special protection is prevailing in insurance,²³ banking and securities²⁴ services.

The consumer protection criterion, which satisfies an overriding reason relating to the public interest, is not the criterion that would be determined by the Member States irrespective of understanding the consumer at the ED level and particularly at the level shaped by the ECJ. This is because the ECJ decides on justified exceptions by way of the preliminary ruling proceedings.

3. FREEDOM OF ESTABLISHMENT

3.1 Overview

In the field of freedom of establishment, consumer protection is a less explicit overriding reason relating to the public interest as it has been described above under the rules of the freedom to provide services. This is due primarily to the fact that the country of establishment principle requires greater integration of the legal entity (a market player) in the market. This is different to the country of origin (principle of origin) as it is characteristic of the freedom to provide services, where the market player is not integrated in the market where the service is provided. . This means that through the integration in the country of the establishment the national consumer protection rules are observed - a country of establishment and a country where the service is provided is one and the same. Integration into the market environment, in which the entity operates, also means operation under the market rules of that country. Therefore, the conflict is smaller (or it does not exist at all) than in free movement of goods or in freedom to provide services where in any case the integration is not taking place at all or in very small proportion. In both free movement of goods and freedom to provide services, the lawful operation is in the sphere of the country of manufacture or establishment, which may mean a conflict with the country of destination of the goods or services in general and also in the consumer protection area.

However, this position may also be controversial according to the court decision in the CaixaBank France case.²⁵ In this case, the French bank, which

²³ Case C-225/95, *Soci te civile immobiliere Porodi v Banque H. Albert de Bazy et Cie*, ECR 1997, page I-3899.

²⁴ Case C-384/93, *Alpine Investments BV v Minister van Finanden*, ECR 1995, page I-1141.

was basically a branch of a Spanish bank, offered a 2% annual interest rate on the sight deposits of its clients. The bank was not allowed to do so in France because the French legislation did not permit that. This prohibition applied not only to foreign banks, but also to French banks. The bank believed that this was a barrier to market entry, and that actual discrimination occurred and not a legal one (indistinctly applicable measure). The court ruled that this was indeed so and that the consumer protection reason could not be justified because it was not proportionate even though the consumers would actually reap certain benefits from such a mode of operation. In this case, the decision of the ECJ actually means that the court looked upon the subsidiary bank activity as services provided by the mother company. This can, of course, lead to the consumer protection issue to the same extent as it applies to the justified restriction issue of Article 49 of ECT regarding the freedom to provide services. The basic issue the court highlighted in this case was an option of placing a certain product (i.e., a certain service - offering sight bank accounts) on the market. Thus, the court resolved the case in accordance with the decision on the *Gourmet*²⁶ case. The court actually asked itself whether the product was more easily launched by the French banks (which are better known to consumers or potential clients) than by foreign banks. The achieved result was identical to that in the *Gourmet* case; despite the indistinctly applicable measure, the entity which newly starts offering a certain market product, in this case a service, is in a worse position. Thus, the rules, formed in the case law in the area of free movement of goods and services, were transferred to free establishment and thereby possible justifications, such as consumer protection, were also simultaneously transferred.

²⁵ Case C-442/02, *CaixaBank France v Ministere de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, ECR 2004, page I-8961.

²⁶ 25 Case C-405/98, *Konsumentombudsmannen (KO) v Gourmet International Products AB* (GIP), ECR 2001, page I-1795. In this case, the Swedish publisher of the *Gourmet* periodicals believed that the Swedish legislation, which prohibits advertising of alcoholic beverages containing more than 2.25% of alcohol, except in press where alcoholic beverage are advertised by producers and restaurants that sell such beverages, did not comply with the ECT rules (it violated the free movement of goods; Article 28 and freedom to provide services; Article 49); the ECJ used the market access principle and assumed an attitude that also entirely non-discrimination rules could mean such a barrier. It continued that the reason for maintaining the financial market reputation was an overriding reason relating to the public interest, and thus enabled that restriction by the Netherlands.

3.2 Consumer Protection

Consumer protection is the undisputed part of the case law of the ECJ not only when it is about the interpretation of numerous directives on consumer protection (this is not the subject of this paper), but also when it is about the justification of the restrictive measures taken by the Member States in the areas of free movement of goods and services, freedom to provide services, and freedom of establishment. Since very early cases, e.g., *Van Binsbergen*²⁷ *Cassis de Dijon*²⁸ and the like, for the ECJ, consumer protection has been an overriding reason relating to the public interest, to which the above-described justification test can be used. With the adoption of DSIM and the case law codification in the areas of freedom to provide services and freedom of establishment, it was expected that the argument on consumer protection would also represent a possible exception in the DSIM itself. However, as mentioned at the beginning of this paper, the rules on free movement of services no longer include exceptions to consumer protection, unlike the rules on freedom of establishment. The codification is actually complete in the case of the rules on freedom of establishment; following the continuity principle, the current case law of the ECJ (not only regarding the consumer protection reason, but also regarding all the overriding reasons relating to the public interest) continues to be used.

4. DSIM AND CONSUMER PROTECTION

DSIM regulates the issue of consumer protection in different ways. The exception mentioned above or deviation from the existing case law, justification of the measures taken by the Member States to restrict or to make the freedom to provide services less attractive are not isolated solutions referring to consumer protection. To a large extent, DSIM is truly a codifying directive. But in addition to the case law codification, it includes three important areas: administrative simplification (Chapter II, Administrative Simplification), quality of services (Chapter V, Quality of Services), and administrative cooperation between the Member States (Chapter VI, Administrative Cooperation). Consumer protection does not play a major

²⁷ See note 17 above.

²⁸ See note 5 above.

role in the administrative simplification, whereas in chapters on quality of services and on administrative cooperation between the Member States, consumer protection is seen as one of the reasons for taking individual measures against a service provider from another Member State. Such measures are possible under the special procedure described in the Directive (Article 35 of DSIM). This is *ex post* control over the service provider. When the Member State, in which a service is provided, believes that a higher protection level is needed for the consumer with regard to certain services or to a service provided by this provider, but the country of origin does not achieve that level, it may take the necessary measures under a special procedure (so, not automatically and unilaterally). These measures must be proportionate. Like most articles of the Directive, Article 35 is, *nomotechnically* speaking, user-unfriendly. It is complex and terse; in it, procedural law is intertwined with substantive law, and it is quite comprehensive. It attempts to define and clarify the procedure for individual derogations when certain measures can be taken for a certain service provider (so, not in general and *ex ante*). These measures will be taken in favour of the service quality and consumers. It also determines mutual assistance of the Member States in such a procedure. It pursues the request that competent bodies of the Member States should operate as competent bodies within the Member State itself. This is a big step forward for the completion of the internal market. Such cooperation has never been so exacting before. On the basis of the DSIM, the state bodies are becoming interstate bodies at least in terms of activities, but not in legal and organisational terms. In conjunction with the sovereignty of the Member States, such a provision is a typical reflection of the internal market development. The more it is developed, the lesser sovereignty of the Member States.

According to DSIM, the overall picture of consumer protection can also be described so that protection is achieved by the provisions that have the nature of administrative law (command-and-control). These are the rules that refer to the mandatory information on providers: Article 22, assistance to recipients; Article 21, settlement of disputes; Article 27, mutual administrative assistance of the Member States in control; Articles from 29 to 31, warning mechanism when it comes to the services that are hazardous to health or safety of persons; Article 32, information on the reputation of providers; Article 32, additional deviations from the freedom to provide services for individual cases under Article 18 that refers to consumer protection, the requirement for mandatory liability insurance; Article 23, etc. On the basis of these rules, DSIM attempts to substitute for consumer

protection provided by the Member States through exceptions in the prevailing public interest. The latter is no longer possible on the basis of DSIM (for more on this, see below); consumer protection is not enhanced at the level of general provisions, but at the level of an individual case or a service provider through administrative law. It is about reducing barriers to the freedom to provide services, and also, I think, it is about a lower level of consumer protection (*Abschwachung*)²⁹ by using general acts at the ex ante state level. It is about an infelicitous substitute for an ex ante derogation as we know it in the case law in the area of freedom to provide services. The essential difference between what the ECJ case law has formed on the one hand and Article 18³⁰ in relation to Article 35 of DSIM that determine the procedure and individual cases of derogations from the rules on the freedom to provide services is in the fact that these derogations are possible and not in advance, but ex post for merely individuals, and that a procedure needs to be carried out to prove that the issue of safety of services is so important and the measures taken by the country of origin are insufficient; that the Member State where the service is provided may (in accordance with its legislation) impose additional proportionate measures on such a service provider to ensure greater safety of services for the consumer.

Differently from the description of the combination of Articles 18 and 35 of DSIM in the area of freedom to provide services, the provisions on freedom of establishment determine that the services can be the subject of exceptions for overriding reasons relating to the public interest (Article 15, paragraph 3, item b). These reasons are explained in paragraph 8 of Article 4 of DSIM, and consumer protection can be found in sixth place among other 15 reasons. Thus, the rules on freedom of establishment are, by way of exception, not used, and the freedom of establishment can be restricted or it can be less attractive for foreign service providers from other Member States, if it is

²⁹ Also W. H. Roth, *Freier Deinstleistungsverkehr und Verbraucherschutz*, *VuR - Verbraucher und Recht*, No.5/2007, pp 167-171.

³⁰ This provision ensures under procedure terms pursuant to Article 35 of DSIM (international cooperation between competent bodies) that the country of service provision shall take measures for safety of services. Furthermore, such a measure is only possible if it is not about the harmonised area at the EU level, if this measure ensures a higher level of safety than it is ensured by the country of establishment (or it has not any at all), and that the measure is proportionate.

about a non-discriminative measure of a Member State, if such a measure is proportionate, and if it is urgent for a reason, inter alia, consumer protection. Such a measure is not restricted to individual providers only, but the measure is general and can be enforced by a national legislator as an ex ante measure in certain areas. The national legislator must detect and analyse the justification of such a measure. In this respect, it can be concluded that the DSIM rules have not restricted anything nor caused any deviation from the ECJ case law, unlike is this true for the rules on the freedom to provide services. In the latter case, the Member States will no longer be able to justify restrictive rules. This, of course, only applies to those areas to which the DSIM refers or is applicable. The provisions of Article 2 of DSIM exclude several areas, inter alia, services of a non-economic nature in general interest, financial services, such as banking, insurance and similar services, medical services, protection services, etc. Within the provisions on freedom to provide services there are areas listed in Article 17 of DSIM, such as harmonised fields of postal services, energy sector services, legal services, etc. They are all important fields where consumer protection is especially sensitive (see above).

Faced with such a different approach to both freedoms that refer to service providers (freedom of establishment on the one hand and freedom to provide services on the other), it seems important to find reasons and possible substitutions that the DSIM could make them available in exchange for a very limited possibility for the Member States to successfully enforce restriction for the consumer protection reason in the area of free provision of services. If the answer in both cases is not cognitively satisfactory (i.e., when no acceptable arguments can be found in ex nihilo reasons and no appropriate substitutions (quid pro quo that would offer adequate consumer protection) can be found in objectives and of the DSIM itself, a question arises whether or not regulation is moot in the light of the primary law (ECT) when it was adopted according to the *neminem oportet esse sapientiore* *legibus*³¹ principle. To deny the Member States the opportunity to successfully enforce exceptions for the consumer protection reason prior to adopting the Directive or prior to its implementation without simultaneously offering adequate consumer protection in another appropriate way means a deviation from the TEC rules. For their objective, they set efficient protection of consumers (Article 153 of

³¹ No man ought to be wiser than the law.

TEC)³² and give the Member States an opportunity to take stricter measures for achieving a higher level of protection. Such European legislator's approach exhibits a major emphasis placed on the significance of the country of origin (principle of origin), which, like a red thread, accompanies all the attempts (including the attempt with the Bolkenstein directive) of codification and regulation of the free service management. The restricted derogations under Article 18 of DSIM are thus a reflection of the enhanced confidence in the statutory regulation of certain services in individual Member States wherefrom providers come to provide services in other Member States. Corollary, it can be understood that this confidence level has increased to the extent that in the light of consumer protection, no problems which would need general regulation should occur. It is assumed that problems, by way of exception, would be merely periodic. The regulation which allows exceptions only on a case by case basis (case by case derogation) along with a special procedure for cooperation between the competent bodies in the Member States is adequate. It restricts these derogations in both content and form; with regard to content - in the light of Article 18; formally - in the light of Article 35 DSIM.

-
- ³² This Article determines: "1. In order to promote the interests of consumers and to ensure a high level of consumer protection, the Community shall contribute to protecting the health, safety and economic interests of consumers, as well as to promoting their right to information, education and to organise themselves in order to safeguard their interests.
2. Consumer protection requirements shall be taken into account in defining and implementing other Community policies and activities.
 3. The Community shall contribute to the attainment of the objectives referred to in paragraph 1 through:
 - (a) measures adopted pursuant to Article 95 in the context of the completion of the internal market;
 - (b) measures which support, supplement and monitor the policy pursued by the Member States.
 4. The Council, acting in accordance with the procedure referred to in Article 251 and after consulting the Economic and Social Committee, shall adopt the measures referred to in paragraph 3(b).
 5. Measures adopted pursuant to paragraph 4 shall not prevent any Member State from maintaining or introducing more stringent protective measures. Such measures must be compatible with this Treaty. The Commission shall be notified of them.

Can such a weak country of origin principle, which also has an impact on consumer protection, mean non-compliance with the TEC which stipulates that the exceptions and the national regulations justifying these exceptions are possible only in cases when there is no full harmonisation at the Community level (Article 95, paragraph 4 TEC)? I believe that this issue needs to be interpreted in accordance with the ECJ case law which permanently stipulates that it is possible to invoke the overriding reasons relating to the public interest only in cases where there are no harmonisation measures that are already used for the protection of an individual interest and for the appropriate measures in this regard.³³

5. Conclusion

In DSIM, which is another big step toward ensuring freedom to provide services in the internal market, consumer protection is regulated the other way than we could have expected if DSIM had taken into account the complete case law of the ECJ. In some DSIM chapters, consumer protection is not mentioned and DSIM does not interfere with it either (e.g., regarding the contractual provisions in the consumer relationship between consumers and retailers). The Directive does not change the legislator's views on the protection of the consumer as a person who alone is responsible for the decision on conclusion of a long-term legal transaction based on sufficient information the consumer gets from the retailer. It can also be ascertained that the case law regarding the exceptions justified by overriding reasons relating to the public interest, such as consumer protection in view of exceptions to freedom of establishment, is not changed. DSIM follows the rules drawn up by the case law of the EG. In the area of all the four types of freedom to provide services (i.e., when it is not about the freedom of establishment for service providers), DSIM has enacted the country of origin principle that is restricted and weakened where it is possible to invoke consumer protection merely on the grounds set out in Article 18 of DSIM. That is to say, the overriding reason is safety of services. In addition to this reason, if it exists, it is necessary to carry out the procedure laid down in Article 35 of DSIM, and to call on the Member State of establishment to take appropriate measures that will assure adequate safety of services. This is

³³ Case C-389/05, *EC Commission v France*, ECR 2008, item 67.

possible only in those cases where no harmonisation rules have been adopted at the Community level regarding the safety of an individual service, and only in the case if the measure, required by the state where the service is provided, would contribute to greater safety of services. At the same time, the Member State of establishment has not taken such a measure or does not require it, and in any case, greater safety requirements, imposed by the Member State where a service is provided, must be proportionate.

Thus, the supervision duty (along with the rules on cooperation between the competent bodies of the Member States) is delegated to the country of establishment or origin even when it comes to providing services in the host Member States. But on the other hand, this means weakened supervision efficiency offered by the Member States where the service is provided. In this case, the rules on the mandatory professional liability insurance and on the information, which the provider must give to the service recipient irrespective of whether or not the recipient requests it (and other rules listed above, and which are in favorem consumatoris), partially mitigate and compensate for the country of origin principle that is weakened, and for the supervision efficiency weakened by the Member States where the service is provided.

From an overall point of view, all Member States are thus gaining and losing because they will find themselves in the role of the Member State of establishment or origin as well as in the role of the country where a service is provided. Hence, the countries which have stricter consumer protection standards will be losing more in comparison with those having less strict standards. That is to say, in order to assure safety of a certain service, the countries in the first group will have to carry out the cooperation procedure laid down in Article 35 of DSIM, and they will have to warn the country of establishment with less restrictive consumer protection provisions to take (in the event of a specific provider) stricter measures to assure safety of the service in another Member State. One can easily imagine that this will not be easy. It may occur that the country of establishment will not have a legal basis in its legislation to be able to ask such a service provider to take a certain measure requested by the competent body in the host Member State. Only in this case, i.e., with a certain delay time, the country will be able to introduce this measure for the specific service provider.

Miloš ANDROVIĆ i
Gorana KRŠIKAPA*

UDK: 339.137.2(491.11)
str. 77-103.

ŠTA JE CILJ? – NOVI ZAKON O ZAŠTITI KONKURENCIJE REPUBLIKE SRBIJE

Apstrakt

Tekst ovog članka sadrži opšte i pojedinačne primedbe na Zakon o zaštiti konkurencije, u primeni od 1. novembra 2009. godine. Autori** su prevashodno usmerili pažnju na propuste učinjene u formulisanju pojedinih zakonskih odredbi, bitnih za pravnu sigurnost i adekvatnu izvršnost u upravnom i sudskom postupku, a koje bi se mogle pokazati kao necelishodna rešenja imajući u vidu njihovu nejasnoću i nedorečenost. Istovremeno, članak je usmeren i na još jednu propuštenu mogućnost harmonizacije sa usvojenom praksom i zakonskim rešenjima pojedinih država članica EU.*

* Mr Sanja Jelisavac Trošić, istraživač saradnik, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd.

Dr Mina Zirojević Fatić, istraživač saradnik, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd.

** Gorana Kršikapa (LL.M. Amsterdam Law School, PhD istraživač na Freie Univerzitetu u Berlinu).

** Miloš Andrović (LL.M. Amsterdam Law School, stručni saradnik u Komisiji za zaštiti konkurencije).

* Izraženi stavovi i mišljenja su isključivo stavovi autora.

Tekst ne sadrži direktna uputstva i/ili predloge za ispravku utvrđenih nedostataka i ne predstavlja iscrpnu niti konkluzivnu listu svih uočenih nedostataka, ali svakako upućuje na najbitnije nedostatke, po mišljenju autora, koji predstavljaju kako pretnju za učesnike na tržištu Republike Srbije tako i za Komisiju za zaštitu konkurencije u vršenju poverenih javnih ovlašćenja za izvršenje novog Zakona.

1. REZULTATI PRAVA I POLITIKE KONKURENCIJE U REPUBLICI SRBIJI

Republika Srbija je tek 2005. godine¹ utvrdila nešto jasniju politiku prava konkurencije u okviru usvojenog Zakona o zaštiti konkurencije („Sl. glasnik RS”, br. 79/2005). Ova se politika, pod jakim pritiskom EU, prevashodno odnosila na uspostavljanje osnovnog zakonskog okvira u kojem se određuju pravila poslovanja i ponašanja učesnika na tržištu Republike Srbije. Tako usvojen Zakon, je sa svim svojim nedostacima, nedorečenostima, pravno-logičkim nemogućnostima i semantičkim besmislicama bio u primeni pune četiri (4) godine proizvedeći značajne teškoće kako učesnicima na tržištu Srbije tako i Komisiji za zaštitu konkurencije². Istim je u cilju adekvatne sprovodivosti, praktične primene i pravne sigurnosti bilo predviđeno donošenje podzakonskih akata kojima je valjalo na jasan način utvrditi (precizirati) intencije zakonodavca ili bar omogućiti da zakonske odredbe, koje ni sam zakonodavac nije u potpunosti pravno i jezički usvojio, budu precizirane u skladu sa politikom prava konkurencije EU, budući da predmetni Zakon nije doneo nikakva nova rešenja od već poznatih i davno usaglašenih odredbi iz Ugovora o ustanovljenju Evropske zajednice. Ipak, Zakon je svoj život pronašao u raznim tumačenjima pojedinih odredbi Komisije za zaštitu konkurencije, koja se u odsustvu Vladine aktivnosti prevashodno oslanjala na pravo i praksu zemalja članica EU i Evropske

¹ Za državu „otvorenog tržišta” i u kojoj je prelaz iz sistema zatvorene tržišne ekonomije započet još '90-tih godina (u pojedinačnim slučajevima), sa sistemskom privatizacijom od osnivanja Agencije za privatizaciju 2001. godine može se smatrati zaista dosta kasno, uprkos postojanju tzv. Antimonopolskog zakona koji nije bio sveobuhvatni zakon kojim se regulisala cela politika zaštite konkurencije već je prevashodno bio instrument kontrole cena na tržištu.

² Zakonom osnovana organizacija za vršenje poverenih poslova državne uprave za sprovođenje Zakona.

Komisije, a u meri u kojoj je takvu praksu bilo moguće *pomiriti* sa stručno-jezičkim nedostacima teksta Zakona.

Tako su i prošle prve četiri godine postojanja i „primene“ politike zaštite konkurencije u Republici Srbiji. Rezultat sprovođenja takvog Zakona jeste veliki broj odobrenih koncentracija, brojni upravni postupci sa utvrđenom zloupotrebom dominantnog položaja pojedinih učesnika na tržištu, utvrđeno postojanje nekoliko izričito zabranjenih sporazuma i za sve to vreme nijedna izrečena prekršajna kazna.

Dakle, pored utvrđenih brojnih radnji zloupotrebe položaja dominantnih učesnika na pojedinim relevantnim tržištima na teritoriji Republike Srbije i zaključenja/primene različitih vrsta zabranjenih sporazuma (horizontalnog i/ili vertikalnog karaktera) sa izrazito štetnim posledicama na funkcionisanje tržišta i same potrošače, u Republici Srbiji nije izrečena kazna nijednom učesniku na tržištu protiv kojeg je Komisija nakon sprovedenog upravnog postupka utvrdila i povredu Zakona. Ovakvo stanje je u svojevrsnim raspravama i novinskim člancima ispraćeno kao borba između Komisije i Vrhovnog suda Srbije, i ni u kom smislu nije utvrđena neažurnost i neefikasnost utvrđenom postupka pred prekršajnim sudovima. Istovremeno, Komisija i Vrhovni sud, iako u različitim sistemima organizacije i podele vlasti u Republici Srbiji, ipak ne trpe bilo kakvu direktnu štetu od odsustva sistema, nefunkcionisanja i neostvarivanja ciljeva politike zaštite konkurencije. Štetu od upućenih *signala* nekažnjavanja prekršilaca, a bez nalaženja za shodno sudske vlasti da uđe u sam meritum spora, snose isključivo potrošači, odnosno građani Republike Srbije odnosno kupac i/ili prodavac na tržištu u slučajevima u kojima se susretne sa dobro organizovanim kartelisanim tržištem³ ili tržištem na kojem posluje dominantan učesnik na tržištu.

I opet, čini krajnje necelishodno i licemerno, posle gorkog iskustva iz primene prethodnog Zakona, sada u novom Zakonu o zaštiti konkurencije („Sl. glasnik RS“, br. 51/2009) već čl. 1 odrediti kao primarni cilj zaštitu potrošača u Srbiji. Istovremeno, čl. 1 novog Zakona sada se uvodi kao novi cilj i *obežbeđivanje ravnopravnosti učesnika na tržištu* koje je krajnje nejasno određenje budući da je osnovni smisao i ekonomski pokretač učesnika na tržištu upravo

³ Dogovor na horizontalnom nivou u pogledu cene, kvaliteta, uslova, obima proizvodnje, geografskog područja ili kategorije kupaca.

obezbeđivanje boljih uslova poslovanja i angažovanja u odnosu na konkurente što je apsolutno zakonito poslovanje, osim u izuzetnim slučajevima poslovanja dominantnog učesnika na tržištu koje nosi i određene obaveze dominantnog društva. Stoga ostaje samo da iščekujemo da je i ovaj cilj, kao i *zaštita potrošača*, deklarativnog karaktera i da isti ni Vlada RS, ni Skupština RS, ni Komisija pa na kraju ni sami učesnici na tržištu neće uzeti za ozbiljno.

Novi Zakon jeste i proizvod i određenih obaveza Republike Srbije prema deklarisanom državnom putu pristupanja Srbije EU. Treba imati u vidu da član 73. stav 1 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropske zajednice i njenih zemalja članica i Republike Srbije (u daljem tekstu: SAA ugovor)⁴ predviđa da su sledeće prakse u suprotnosti sa njegovim pravilnim funkcionisanjem ukoliko mogu da utiču na trgovinu između Evropske zajednice i Republike Srbije:

- (i) svi ugovori između učesnika na tržištu, odluke udruženja učesnika na tržištu, kao i usaglašene prakse između učesnika na tržištu koji imaju za cilj ili posledicu sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije;
- (ii) zloupotreba dominantnog položaja jednog ili više učesnika na tržištu na teritoriji Evropske zajednice ili Srbije u celini ili na njenom značajnom delu;
- (iii) bilo koja državna subvencija koja narušava ili preti da naruši konkurenciju na tržištu favorizovanjem određenog učesnika na tržištu ili određenog proizvoda.

St. 2 istog člana predviđa da će sve prakse koje budu u suprotnosti sa ovim članom biti ocenjivane na osnovu kriterijuma koji proističu iz primene pravila konkurencije koji se primenjuju u Evropskoj zajednici, konkretno čl. 81⁵, 82⁶, 86. i 87. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, kao i ostalih instrumenata za tumačenje usvojenih od strane institucija Zajednice.

⁴ Stabilization and Association Agreement between the European Communities and their member states and the Republic of Serbia as of July 30th, 2008, Brussels, dostupan na: <http://www.delscg.ec.europa.eu/code/navigate.php?Id=534>

⁵ U novom Ugovoru o funkcionisanju EU - čl. 101.

⁶ U novom Ugovoru o funkcionisanju EU - čl. 102.

U skladu sa navedenim, član 16. Ustava Republike Srbije propisuje da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i ratifikovani međunarodni ugovori sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju u skladu s Ustavom. Ustavom se predviđa da se norme međunarodnog prava neposredno primenjuju, tj. da su iznad unutrašnjih pravnih normi i da nema potrebe za usvajanjem posebnih unutrašnjih propisa, kojim bi se takve norme uvodile u pravni sistem Republike Srbije. Ovo pravilo važi i za gore pomenuti SAA ugovor, i stoga ga treba smatrati sastavnim delom pravnog poretka Republike Srbije, neposredno primenjivim i po rangu višim od zakona, a samim tim i Zakona o zaštiti konkurencije. Iz ovoga proizilazi da je tumačenje i primena Zakona o zaštiti konkurencije u skladu sa *acquis communautaire* obaveza koju je Republika Srbija preuzela na osnovu SAA ugovora.

2. OPŠTE ODREDBE ZAKONA

U čl. 3. Zakona, personalna primena je ograničena na pravna i fizička lica koja neposredno ili posredno, stalno, povremeno ili jednokratno učestvuju u prometu robe, odnosno usluga, nezavisno od njihovog pravnog statusa, oblika svojine ili državljanstva, odnosno državne pripadnosti. Zakon zatim metodom nabiranja precizira o kojim je pravnim i fizičkim licima reč. Iz Zakona nedvosmisleno proizilazi da se Zakon primenjuje na sva pravna lica javnog i privatnog prava. Međutim, Zakon pod tačkom 2) člana 3. navodi „državne organe, organe teritorijalne autonomije i lokalne samouprave“. Država, autonomna pokrajina i opština imaju svojstvo pravnog lica, ali ne i njihovi organi, stoga Zakon ovde ostaje nejasan i protivurečan. Dalje, Zakon pod tačkom 3) navodi „druga fizička i pravna lica i oblike udruživanja učesnika na tržištu“. Zakon ni ovde nije dosledan, jer ako je personalna primena ograničena samo na pravna i fizička lica, nije jasno zbog čega Zakon ovde navodi „druge [...] oblike udruživanja učesnika na tržištu“, koji očigledno ne potpadaju pod pojmove pravno ili fizičko lice. Stiče se utisak da je zakonodavac bio inspirisan pojmom „*undertaking*“ zastupljenim u evropskom pravu konkurencije, kao i u nekim od nacionalnih prava zemalja članica Evropske unije, ali da ga nije dosledno primenio u formulisanju teksta Zakona.

Pojam *undertaking* je po svom sadržaju širi od sadržine pojmova pravno i fizičko lice jer obuhvata „svaki *entitet* koji je uključen u ekonomsku aktivnost, nezavisno od pravnog statusa tog *entiteta* kao i načina na koji se finansira”.⁷ Stoga, osnovni test prilikom određivanja da li entitet u pitanju potpada pod pojam *undertaking* ili ne je u stvari ekonomski test, tj. fokusira se na pitanje da li je entitet uključen u ponudu roba i usluga na tržištu⁸, a što je u principu cilj osnivanja i funkcionisanja privrednih društava u cilju ostvarenja profita.⁹ Koncept *undertaking* je relativan koncept u tom smislu što entitet u pitanju može da bude smatran kao *undertaking* u jednom delu svojih aktivnosti, a u pogledu ostatka delatnosti ne.¹⁰ Stoga je u svakom pojedinačnom slučaju neophodno identifikovati određenu aktivnost u pitanju.¹¹ S obzirom na to da Evropski sud pravde usvaja funkcionalni pristup definisanju pojma *undertaking*, delatnosti ili funkcije entiteta kao i njegov pravni subjektivitet su irelevantni. U praksi Evropskog suda pravde su kao *undertaking* bili okarakterisani kako privredna društva, tako i pojedinci,¹² sportska udruženja,¹³ trgovačke asocijacije,¹⁴ zemljoradničke zadruge¹⁵, P&I klubovi¹⁶ i profesionalna udruženja. Činjenica da profesionalna delatnost udruženja može biti definisana kao slobodna profesija nije nespojiva sa činjenicom da to

⁷ Definicija Evropskog suda pravde vidi Case C-41/90, *Höfner and Elser v. Macrotron GbmH* [1991] ECR I-1979, [1993] 4 CMLR 306, par. 21.

⁸ Case C-118/85 *Commission v. Italy* [1987] ECR 2599, par. 7; Case C-475/99, *Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz* [2001 ECR 8089, [2002] 4 CMLR 726, par. 19.

⁹ Case C-67/96, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, [1999] ECR I-5751, [2000] 4 CMLR 446, Jacobs AG, par. 311; Jones, A. Sufrin *EC Competition Law-Text, Cases and Materials*, Oxford 2004, drugo izdanje, str. 107.

¹⁰ Case C-475/99, *Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz* [2001] ECR 8089, [2001] 4 CMLR 726, Jacobs AG, par. 72.

¹¹ Jones, A. Sufrin, *op. cit.*, str. 107.

¹² Na pr. operski pevači; vidi *RAI/UNITEL* [1978] OJ L57/39, 3 CMLR 306.

¹³ *Distribution of Package Tours During the 1990 World Cup* [1992] OJ L326/31, [1994] 5 CMLR 253, par. 42-58.

¹⁴ Case 96/82, *IAZ International Belgium NV v. Commission* [1983] ECR 3369, [1984] 3 CMLR 276.

¹⁵ Case C-250/92, *Gottrup-Klim Grovvareforening and Others v. Dansk Landbrugs Grovvarereselskab AmbA* [1994] ECR I-6541, [1996] 4 CMLR 191.

¹⁶ *P&I Clubs* [1985] OJ L376/2, [1989] 4 CMLR 178.

udruženje može biti i okarakterisano kao **undertaking** ili udruženje učesnika na tržištu koji su uključeni u ekonomsku aktivnost.¹⁷

Kao što je već navedeno, svaki učesnik na tržištu koji obavlja ekonomsku aktivnost i koji nudi robu ili usluge, može biti okarakterisan kao **undertaking** u smislu prava konkurencije. Ovakva definicija, ostavlja mogućnost da i entitet koji nema svojstvo pravnog lica, ali čini deo državne administracije¹⁸ i uključen je u ekonomske aktivnosti, bude smatran učesnikom na tržištu. Međutim, treba jasno razgraničiti aktivnosti koje su po svojoj prirodi okarakterisane kao ekonomske i aktivnosti koje predstavljaju akte izvršavanja javne vlasti, jer ove poslednje ne spadaju u domen primene pravila o zaštiti konkurencije. Tendencija država da ugovorom poveravaju obavljanje javnih poslova entitetima privatnog prava je prouzrokovala kompleksnost ove podele.¹⁹ Sledeći javni i kvazi-javni entiteti su bili okarakterisani kao **učesnik na tržištu**, u pravu EU: Nemačka Državna agencija za zapošljavanje,²⁰ Evropska radiodifuzna unija,²¹ nezavisni carinski agenti u Italiji,²² udruženje javnih radio-difuznih ustanova u Nemačkoj,²³ dobrovoljna starosna penziona organizacija zemljoradnika u Francuskoj,²⁴ sektorski penzijski fond koji je bio obavezan odlukama vlade,²⁵ medicinske organizacije koje pružaju ambulantne usluge u Nemačkoj,²⁶ Španska pošta²⁷ i javne organizacije za emitovanje televizijskog signala.²⁸

¹⁷ Vidi ft. 11, str. 108; *AICIA v. CNSD*, [1993] OJ L203/27, [1995] 5 CMLR 495, par. 40.

¹⁸ *Spanish Courier Services* [1990] OJ L233/19, [1991] 3 CMLR 560; *Aluminum Products* [1985] OJ L92/1, [1987] 3 CMLR 813; *Commission v. Italy* [1987] ECR 2599, par. 7,8.

¹⁹ Vidi ft. 11, str. 111.

²⁰ Case C-41/90, *Höfner and Elser v. Macrotron GmbH* [1991] ECR I-1979, [1993] 4 CMLR 306.

²¹ *EBU* [1993] OJ L179/23, [1995] 4 CMLR 56.

²² Case C-35/56, *Italy v. Commission* [1998] ECR I-3851, [1998] 5 CMLR 889, par. 36-38.

²³ *Film Purchases by German Television Stations* [1989] OJ L284/96, [1990] 4 CMLR 841.

²⁴ Case C-244/94, *Fédération Française des Sociétés d'Assurance and Others v. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche* [1995] ECR I-4013, [1996] 4 CMLR 536.

²⁵ Case C-67/96, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfond Textielindustrie*, [1999] ECR I-5751, [2000] 4 CMLR 446.

²⁶ Case C-475/99, *Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz* [2001] ECR 8089, [2001] 4 CMLR 726.

Čl. 5 Zakona definiše povezane učesnike na tržištu. Povezani učesnici na tržištu se u smislu ovog Zakona smatraju jednim učesnikom na tržištu.²⁹ Iz teksta Zakona nedvosmisleno proizilazi da se povezanim učesnicima smatraju majka privredno društvo i ćerka privredno društvo koja nema svoju ekonomsku samostalnost u odnosu na majku (vertikalna relacija).³⁰ Međutim ovde treba naglasiti da se isti princip primenjuje i na odnose između zavisnih ćerki privrednih društava međusobno (horizontalna relacija),³¹ odnosno na celu korporativnu grupu u delu gde su ćerke privredna društva kontrolisana od strane matičnog društva. Posledice ovog principa je da se zabrana restriktivnih sporazuma definisana u čl. 10 ne primenjuje na odnose između povezanih učesnika na tržištu. Međutim tako definisana korporativna grupa može potpasti pod zabranu zloupotrebe dominantnog položaja definisanu u čl. 16.³²

Istovremeno, čl. 5 Zakona, iako se to po naslovu ne bi moglo ni pretpostaviti, sadrži u sebi izuzetno važno određenje pojma *kontrole*, koje je određenje od izuzetnog značaja za primenu odredbi čl. 17, 61. i 63. Zakona. Naime, da bi se određena transakcija smatrala koncentracijom u smislu Zakona, mora doći do promene kontrole u bar jednom učesniku na tržištu³³ ili delu privrednog društva³⁴. Istovremeno, promena kvaliteta kontrole³⁵ učesniku na tržištu se

²⁷ *Spanish Courier Services* [1990] OJ L233/19, [1991] 3 CMLR 560.

²⁸ Case C-155/73, *Italy v. Sacchi* [1974] ECR 409, [1974] ECR 409, [1974] 2 CMLR 177.

²⁹ U EU pravu poznat kao Single Economic Unit Doctrine.

³⁰ Uporedi Case 15/74 *Centrafarm v. Sterling Drug* [1974] ECR 1447, par. 41.

³¹ Uporedi Case T-102/92 *Viho v. Commission* [1995] ECR II-17, par. 52.

³² U tom smislu vidi Case T-102/92 *Viho v. Commission* [1995] ECR II-17, par. 48.

³³ Kao promena kontrole se stoga ima smatrati kako *de facto* kontrola u smislu mogućnosti odlučujućeg uticaja u ciljnom društvu (koja se mogućnost ne može ogledati u mogućnosti preduzimanja radnji sa ciljem zaštite interesa manjinskog akcionara, već na pr. pravo *veta* na određene ključne poslovne odluke, otuđenje imovine veće vrednosti ili usvajanje biznis plana i sl.) – ovakva mogućnost može biti izričito predviđena odredbama Statuta ili Ugovora o osnivanju društva, odnosno praktična primena u ovim okvirima. Istovremeno, pretpostavka procentualnog učešća većeg od 51% ne znači i *de facto* kontrolu, ali je u tom slučaju teret dokazivanja na samom učesniku na tržištu i mora biti predmet ocene *od slučaja do slučaja*.

³⁴ Iako iz odredbi čl. 5 st. 1 ne proizilazi *stricto sensu* da se i promena kontrole nad delom privrednog društva ima smatrati koncentracijom u smislu Zakona (u slučaju ispunjenosti

takođe ima smatrati koncentracijom u smislu Zakona, u slučajevima ispunjenosti uslova iz čl. 61. Zakona. Prethodni Zakon je u čl. 21, sa svim imperfekcijama, barem jasno definisao pojam koncentracije u smislu neophodne promene kontrole, dok Zakon sada pojam kontrole podvodi pod *povezane učesnike na tržištu*, a uz to pojam koncentracije, obaveza prijave koncentracije i notifikacija ostaju tri metodološki nekoherentno uvršćeni članovi koji se susreću u različitim delovima Zakona.

3. RESTRIKTIVNI SPORAZUMI

Zakon definiše po prvi put restriktivne sporazume, za razliku od ranije korišćenog termina *zabranjeni sporazumi*, i uvodi zabranu istih u čl. 10, dok u čl. 13. ostavlja mogućnost da se podzakonskim aktom Vlade uvede mogućnost izuzeća od zabrane po kategorijama sporazuma. Navedena mogućnost praktično znači da se svi sporazumi koji budu ispunjavali kriterijume za izuzeće na osnovu uslova propisanih očekivanim podzakonskim aktima ne bi podnosili Komisiji na pojedinačno izuzeće. Stoga se odredbom čl. 13 uvodi mogućnost tzv. *safe harbor* za one sporazume koji ispunjavaju opšte uslove iz čl. 11 Zakona, kao i pojedinačne uslove koji će biti predviđene odredbama podzakonskog akta o izuzeću po kategorijama sporazuma.

Ovakvo zakonsko rešenje je pre svega predviđeno iz razloga ekonomičnosti postupka i sprečavanja preteranog administriranja zahteva u Komisiji, te omogućavanja učesnicima na tržištu da samostalno sprovedu analizu svojih poslovnih i ugovornih aktivnosti u slučajevima u kojima je pre svega udeo na relevantnom tržištu učesnika u sporazumu izuzetno nizak. Ipak, ova mogućnost može biti praktično celishodno rešenje samo u slučaju jasno određenih elemenata koji bi učesnicima na tržištu morali prethodno biti

uslova iz čl. 61. Zakona) za očekivati je da će Komisija, na osnovu dosadašnje prakse i propisa EU, promenu kontrole ceniti i kod slučajeva preuzimanja kontrole nad delom društva, ako taj deo može predstavljati samostalnu funkcionalnu celinu (preuzimanje proizvodnih postrojenja/zgrada, brenda i/ili ugovora sa poslovnim partnerima i sl.).

³⁵ Promena kvaliteta kontrole postoji u slučajevima promene jednog ili više članova društva, odnosno akcionara ukoliko takva promena može imati uticaja na promenu u postupku odlučivanja u tom privrednom društvu, tj. promena iz pojedinačne u zajedničku kontrolu i/ili iz zajedničke u pojedinačnu kontrolu.

poznati u cilju samostalne analize ugovornih odredbi, a koji bi se morali utvrditi uputstvima i smernicama Komisije³⁶. Suprotno, četiri kumulativno-obavezujuća opšta uslova za izuzeće praktično onemogućavaju samostalnu procenu učesnika na tržištu u cilju ocenjivanja ispunjenosti kako uslova za pojedinačno izuzeće iz čl. 12 tako i za izuzeće po kategorijama sporazuma iz čl. 13 Zakona. Učesnicima na tržištu stoga, u slučajevima u kojima se ne može potvrditi ispunjenost uslova za izuzeće sporazuma u smislu čl. 14 Zakona³⁷ ne preostaje ništa drugo do primene pravno-ekonomske analize, na odredbe konkretnog sporazuma, u skladu sa uslovima za izuzeće iz čl. 81(3) Ugovora o EU³⁸ i prakse zemalja članica EU i same Evropske Komisije, Suda prve instance (CFI) i Evropskog suda pravde (ECJ).

Kako je već navedeno, praksa izuzeća po kategorijama sporazuma postoji u pravu konkurencije Evropske unije³⁹, odakle su zakonska rešenja čl. 11-14 Zakona u potpunosti i preuzeta. Međutim, u ovim slučajevima za razliku od Zakona, evropsko pravo konkurencije, i to isključivo za slučajeve koji imaju Evropsku, a ne nacionalnu dimenziju, predviđa i mogućnost *ex post* provere odredbi sporazuma i isključenje primene tzv. *safe harbor*, odnosno statusa koji učesnici na tržištu uživaju po osnovu ispunjenosti uslova za izuzeće po kategorijama sporazuma, ako Evropska komisija u konkretnom slučaju utvrdi da restriktivni sporazum ima određene posledice koje su nespojive sa opštim uslovima za izuzimanje od zabrane.⁴⁰ Nije u potpunosti jasno zbog čega je Zakon takvu mogućnost povlačenja privilegija kada su u pitanju izuzeća restriktivnih sporazuma po kategorijama izostavio, osim ukoliko intencija zakonodavca nije da ovakvu mogućnost reguliše podzakonskim aktom. Na

³⁶ Čl. 21 st. 1 alineja 5) utvrđuje nadležnost Komisije, između ostalog, i za donošenje smernica i uputstava za sprovođenje Zakona.

³⁷ Koja se cene po tzv. *de minimis* pravilu.

³⁸ Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08).

³⁹ Na pr.: Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices; Commission Regulation (EC) No 2658/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of specialization agreements; Commission Regulation (EC) No 2659/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements.

⁴⁰ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, čl. 29 (1).

primer, u slučaju postojanja velikog broja vertikalnih sporazuma sa svega nekoliko učesnika na relevantnom tržištu, veoma se lako može desiti da su ulazak na relevantno tržište ili sama konkurencija na istom značajno ograničeni zbog kumulativnih efekata paralelnih mreža sporazuma sa sličnim vertikalnim restriktivnim klauzulama.⁴¹ U takvom slučaju, sam Zakon ne ostavlja Komisiji prostora da deluje i takve posledice na relevantnom tržištu spreči, osim pokretanjem postupka protiv učesnika na tržištu koji su učesnici sporazuma u smislu čl. 10 Zakona, a po saznanju i oceni Komisije. Ovakvo zakonsko rešenje svakako ostavlja dosta praznine u praktičnoj primeni, unoseći značajnu meru pravne nesigurnosti za učesnike na tržištu stvaranjem uslova za diskrecionu ocenu Komisije o ispunjenosti kumulativnih uslova iz čl. 11 Zakona i pojedinačnih (očekivanih) uslova iz. čl. 13 Zakona.

Sporazumi manjeg značaja su uvedeni kao novi institut u pravu konkurencije u Republici Srbiji i definisani čl. 14 Zakona kao sporazumi između učesnika na tržištu čiji ukupni udeli na relevantnom tržištu ne prelaze određene granične vrednosti. Zakon razlikuje četiri situacije u zavisnosti od vrste sporazuma: horizontalni sporazumi, vertikalni sporazumi, sporazumi sa elementima i horizontalnih i vertikalnih restriktivnih odredbi, kao i sporazumi sa sličnim uticajem na relevantno tržište. Međutim, imajući u vidu različite potencijalne efekte koje horizontalni i vertikalni sporazumi po svojoj prirodi mogu imati na konkurenciju na relevantnom tržištu, nije jasno zbog čega Zakon propisuje relativno slične granične vrednosti tržišnog udela učesnika sporazuma za ove dve vrste sporazuma. Ekonomska istraživanja su naime pokazala da horizontalni sporazumi, tj. sporazumi između konkurenata narušavaju konkurenciju i smanjuju blagostanje i da stoga moraju biti zabranjeni, sem u veoma specifičnim slučajevima, na pr. kooperativni ugovori o istraživanju i razvoju (R&D), specijalizaciji, zajedničkoj prodaji i sl. a u slučaju ispunjenosti posebnih propisanih uslova. Nasuprot tome, vertikalni sporazumi, tj. sporazumi između tržišnih učesnika koji učestvuju na različitim nivoima u proizvodnom lancu (na pr. proizvođač – trgovac na veliko), uobičajeno doprinose povećanju ekonomske efikasnosti i utiču na ograničenje konkurencije samo u slučajevima ako su zaključeni

⁴¹ Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices, čl. 6.

između učesnika na tržištu koji poseduju značajnu tržišnu snagu.⁴² Stoga nije jasno zašto Zakon propisuje tako nizak prag za vertikalne ugovore, naime da ukupan tržišni udeo učesnika na relevantnom tržištu ne bude veći od 15%, a u odnosu na horizontalne ugovore sa propisanim *kumulativnim* tržišnim udelom od 10%. Zakon u pogledu sporazuma manje vrednosti preuzima tržišne udele koji su propisani kao granične vrednosti za sporazume manjeg značaja i u pravu Evropske unije, sa izuzetkom upravo u pogledu vertikalnih sporazuma, gde je predviđeno da tržišni udeo koji poseduje *svaka od strana* u sporazumu ne sme biti veći od 15%.⁴³

Istovremeno, čl. 14 u cilju primene *de minimis* pravila razrađuje ispunjenost uslova tržišnog učešća ostavljajući mogućnost pojedinačnog definisanja relevantnog tržišta proizvoda/usluga, ali jasno određujući da se to učešće ima ceniti na relevantnom geografskom tržištu Republike Srbije. Ovakva odredba svakako ostavlja mogućnosti za tumačenje u primeni budući da su u praksi brojne moguće situacije u kojima je neophodno utvrditi znatno uže relevantno geografsko tržište od cele teritorije Republike Srbije, a u kojim slučajevima bi se imale primeniti odredbe čl. 14 Zakona i kada je učešće na tako definisanom relevantnom (lokalnom) tržištu značajno više od utvrđenih 10% odnosno 15%.⁴⁴

Zakon takođe u čl. 14 st. 2 navodi teške povrede konkurencije, koji izuzetno dovode do primene odredbi Zakona i na sporazume manjeg značaja. Zakon je i ovde preuzeo rešenja zastupljena u zakonodavstvu Evropske unije.⁴⁵

⁴² Motta, M. *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press 2004, str. 32; Guidelines on vertical restraints COM(2000/C 291/01), par. 6.

⁴³ Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (*de minimis*), par 7(b).

⁴⁴ Naime, sasvim su izvesne situacije u kojima je moguće utvrditi relevantno geografsko tržište uže od cele teritorije RS budući da su uslovi konkurencije na tom tržištu značajno drugačiji od uslova konkurencije na drugim delovima RS. Stoga, primenom odredbi čl. 14 učesnik na relevantnom tržištu proizvoda koji bi imao utvrđeno učešće od 30% bi mogao ispuniti uslove iz čl. 14 Zakona budući da bi njegovo učešće na relevantnom tržištu cele RS bilo ispod 10%, odnosno 15%.

⁴⁵ Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (*de minimis*), par. 11.

Međutim, Zakon je ovde ostao neprecizan i situacije koje se smatraju teškim povredama konkurencije su određene na dosta uopšten način, što ostavlja mogućnost da se teškom povredom konkurencije smatraju i slučajevi koji to nisu i ne mogu biti.

Kao referentni primer koji potvrđuje istaknuto, Zakon kao tešku povredu konkurencije navodi određivanje cena. Iz teksta Zakona proizilazi da svako određivanje cena kako u slučaju horizontalnih sporazuma, tako i u slučaju vertikalnih sporazuma predstavlja tešku povredu konkurencije.

U tom smislu valja ceniti da ukoliko dva konkurenta na relevantnom tržištu zaključe ugovor o istraživanju i saradnji, veoma je verovatno da će se u takvom ugovoru naći i klauzule koje bi regulisale cene proizvoda i usluga koje bi konkurenti pružali jedan drugom u cilju ispunjenja predmeta ugovora. Ono što može predstavljati problem i predstavljati pretnju konkurenciji na relevantnom tržištu jeste situacija u kojoj bi konkurenti odredili cenu po kojoj bi prodavali proizvod ili uslugu *trećim licima*, te bi stoga kao tešku povredu konkurencije trebalo smatrati samo ovaj poslednji slučaj.⁴⁶ Zabrana određivanja cena između samih ugovornih strana jednog takvog sporazuma bi mogla osujetiti ostvarenje cilja i svrhe jednog takvog sporazuma.

Sličan primer bi bio i slučaj vertikalnog sporazuma u kojem je navedena maksimalna cena po kojoj distributer može dalje prodavati proizvod u pitanju ili je samo navedena preporučena cena za dalju prodaju. Na osnovu teksta Zakona ovakve klauzule bi dovele do karakterizacije sporazuma kao sporazuma koji proizvodi teške povrede konkurencije. Među teoretičarima, kao i u pravima Evropske unije⁴⁷ i SAD⁴⁸ nesporno je da određivanje maksimalne cene u daljoj prodaji, kao i navođenje preporučene prodajne cene

⁴⁶ Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (*de minimis*), par 11(1)(a); Commission Regulation (EC) No 2659/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements, čl. 5(1)(c).

⁴⁷ EC Treaty, Art.81(1); Case 161/84, *Pronuptia*, [1986] ECR 353, par. 25; Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices, Art 4(a); Guidelines on vertical restraints COM(2000/C 291/01), čl. 47.

⁴⁸ Sherman Act, Section 1; *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997).

u principu ne dovode do povreda konkurencije. Generalno, određivanje maksimalne cene u daljoj prodaji sprečava distributera, da zahvaljujući svojoj tržišnoj snazi, neracionalno podiže cene i suzbija potražnju za proizvodom u pitanju. Određivanje maksimalne cene u daljoj prodaji se često javlja u kombinaciji sa drugim ograničenjima konkurencije koje nisu finansijskog karaktera. Tako na primer u slučaju selektivne distribucije, proizvođač može zahtevati od distributera da održavaju određen nivo znanja o proizvodima u ponudi svakog angažovanog prodavca, da dalje ulažu u njihov razvoj, kao i da prodajni prostor i usluge koje prate prodaju proizvoda u pitanju ispunjavaju određene standarde, a sve to u cilju održavanja ili poboljšanja atraktivnosti proizvoda. Njihov cilj je da distributera usmere ka što boljem kvalitetu usluga koje nude kupcima, kao i da spreče distributera od odbijanja ponude boljih uslova kupcu. Sve navedene dodatne obaveze mogu dovesti do povećanja troškova distributera, a samim tim i prodajne cene koju distributer nudi svom kupcu. Međutim, određivanje maksimalne prodajne cene bi u tom slučaju moglo sprečiti selektivnog distributera da iskorišćava svoju tržišnu snagu i nekontrolisano podiže cene.⁴⁹ Ono što među teoretičarima stvara određene sporove jeste određivanje minimalne cene u daljoj prodaji kao i određivanje fiksne cene u daljoj prodaji kao obavezujuće. Vrhovni sud SAD je u svojoj *Leegin* odluci odbacio 96 godina staru praksu po kojoj određivanje cena u vertikalnim ugovorima bila razmatrana prema strogim *per se* pravilima i odlučio da se ovakvi slučajevi ubuduće razmatraju na osnovu *rule of reason* standarda, gde je neophodno izvršiti detaljno ispitivanje svih činjenica pre nego što se donese konačna odluka da li pomenuto određivanje cena ima negativne posledice na relevantnom tržištu.⁵⁰ Praksa određivanja minimalne ili fiksne cene može imati negativne posledice na uslove konkurencije na tržištu, koje se pre svega ogledaju u: a) smanjenju *intra-brand* konkurencije, odnosno sprečavanje razvoja konkurencije između prodavaca relevantnog proizvoda istog proizvođača, sa posledicom smanjenja *intra-brand* konkurencije po ceni proizvoda; b) povećanje transparentnosti po parametru cene i objektivna opasnost, naročito

⁴⁹ Gippini-Fournier, Eric, *Resale Price Maintenance in the EU: In Statu Quo Ante Bellum?* (September 21, 2009). Fordham Corp. L. Inst - 36th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, 2009 (B. Hawk ed., 2010). Dostupno na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1476443>, str. 2.

⁵⁰ Case *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S.Ct. 2705 (2007).

izražena na izrazito koncentrisanim tržištima, da takva transparentnost može uzrokovati i povećati mogućnost horizontalne koordinacije na relevantnom tržištu ili pak prodaje (*hub and spoke conspiracy*), sa posledicom smanjenja *inter-brand* konkurencije po parametru cene.

I u pravu Evropske unije se može videti da se problemu regulisanja daljih prodajnih cena pristupa sve rafiniranije, pa se u nacrtu novih Smernica⁵¹ koji prate nacrt nove Regulative o grupnom izuzeću vertikalnih sporazuma⁵² nalaze odredbe koje navode situacije u kojima i određivanje cena u daljoj prodaji može biti opravdano: u slučaju ako proizvođač predstavi novi brend na tržištu, u slučaju koordinirane i kratkoročne marketinške kampanje sniženja maloprodajnih cena kao i slučaju izbegavanja upotrebe proizvoda od strane velikog dilera kao tzv. „*loss-leading*“ proizvoda.

Svi ovi primeri pokazuju da je određivanje prodajne cene generalno kao slučaj teške povrede konkurencije *per se* suviše štura odrednica, koja može dovesti do pogrešne primene ovog instituta i da Zakonu ovde nedostaje detaljnija razrada i preciziranje slučajeva koji pod taj institut potpadaju. Stoga treba napraviti jasnu razliku između fiksne ili minimalne prodajne cene, sa jedne strane, i maksimalne ili samo preporučene cene, sa druge strane.

U svetlu nedostatka jasne razrade navedenog instituta svakako se može očekivati da će Komisija za zaštitu konkurencije biti usmerena pravilima na snazi u EU i dosadašnjom praksom EK i Evropskog suda pravde. Ipak, sa postojećim zakonskim rešenjem predviđenim u čl. 10 Zakona i u skladu sa mišljenjem Komisije od 16. decembra 2009. godine o primeni propisa o zaštiti konkurencije u odnosu na preporučivanje cena u vertikalnim ugovorima⁵³ svako direktno⁵⁴ ili indirektno⁵⁵ nametanje obaveze poštovanja utvrđenog

⁵¹Draft Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, par. 221. Dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/draft_notice_en.pdf.

⁵² Draft Commission Regulation (EC) No .../.. of on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices. Dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/draft_regulation_en.pdf.

⁵³ Dostupno na: <http://www.kzk.org.rs/download/odluke/Misljenje%201%20-%20141%20sednica.pdf>.

⁵⁴ Direktnom ugovornom odredbom ili usaglašenom praksom.

nivoa maloprodajne cene od strane proizvođača trgovcu, tj. cene prema krajnjem potrošaču, može biti jedino tumačeno od strane Komisije kao *per se* zabrana.

Čl. 10 st. 1 definiše restriktivne sporazume kao sporazume između učesnika na tržištu koji imaju za cilj ili posledicu *značajno* ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije na teritoriji Republike Srbije. Iz ovakve odredbe bi se mogao izvesti i zaključak da ako uticaj sporazuma na konkurenciju na relevantnom tržištu nije značajan, na takav se sporazum i ne primenjuju odredbe Zakona. Na taj način se dovodi u pitanje i *per se* primena odredbi Zakona i na tzv. *hard core* kartelne sporazume, budući da je u nekim slučajevima moguće utvrditi pozitivan ekonomski efekat takvog sporazuma ili pak odsustvo *značajne* posledice na uslove konkurencije.

4. ZLOUPOTREBA DOMINANTNOG POLOŽAJA

Član 15 st. 1 definiše uslove pod kojima se smatra da učesnik na tržištu ima dominantan položaj. Na osnovu Zakona, na relevantnom tržištu dominantan položaj ima učesnik na tržištu koji nema konkurenciju ili je konkurencija beznačajna, odnosno koji ima značajno bolji položaj u odnosu na konkurente uzimajući u obzir veličinu tržišnog udela, ekonomsku i finansijsku snagu, pristup tržištima snabdevanja i distribucije, kao i pravne i činjenične prepreke za pristup drugih učesnika tržištu. Definicija je, u nešto skraćenom obliku, preuzeta iz nemačkog zakona o zaštiti konkurencije.⁵⁶

Definicija u prethodnom Zakonu o zaštiti konkurencije je bila preuzeta iz evropskog prava konkurencije i definisala je dominantan položaj na relevantnom tržištu kao položaj koji ima učesnik na tržištu koji posluje nezavisno od drugih učesnika na tržištu, odnosno koji donosi poslovne

⁵⁵ Utvrđivanjem distributivne marže; utvrđivanjem popusta u maksimalnom iznosu; uslovljenog obećanja određene materijalne koristi; obaveza usklađivanja sa cenama drugih prodavaca; utvrđivanje ili *de facto* postojanje sankcije.

⁵⁶ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, čl. 19, st. 2, rečenica 1. Nemački zakon pored već navedenih, navodi i sledeće kriterijume: veze sa drugim "Unternehmen" ("undertaking"); faktička ili potencijalna konkurencija kroz "Unternehmen" sa sedištima kako unutar, tako i izvan područja obuhvaćenih primenom ovog zakona; sposobnost da svoju ponudu i tražnju preusmere na druge robe i usluge, kao i mogućnost druge strane da se na tržištu okrene drugim "unternehmen".

odluke ne vodeći računa o poslovnim odlukama svojih konkurenata, dobavljača, kupaca i/ili krajnjih korisnika njegove robe i/ili usluga. Definicija je bila jezički neprecizna, tj. u prevodu su bile izostavljene bitne odrednice, tako da je na osnovu zakonskog teksta u dominantnom položaju bio samo onaj učesnik na tržištu koji posluje potpuno „*nezavisno od drugih učesnika na tržištu, odnosno koji donosi poslovne odluke ne vodeći računa o poslovnim odlukama svojih konkurenata...*“, što je na tržištu veoma retka i krajnje ekstremna situacija. Originalna definicija Evropskog suda pravde glasi: "Dominantan položaj [...] se odnosi na ekonomski jak položaj koji uživa određeni *undertaking*, koji mu omogućava da spreči održavanje efektivne konkurencije na tržištu, i obezbeđuje tržišnu snagu da donosi odluke *u znatnoj meri* nezavisno od svojih konkurenata, kupaca i na kraju i potrošača. Ovakav položaj ne isključuje postojanje konkurencije u celini, kao što je slučaj kod monopola ili kvazi monopola, ali omogućava da *undertaking* koji od njega ostvaruje korist, ako ne da određuje, onda da *u znatnoj meri* utiče na uslove pod kojima će se takva konkurencija odvijati, i da u svakom slučaju donosi odluke *u znatnoj meri* ne vodeći računa o istoj, sve dok mu takva praksa ne šteti."⁵⁷ Postojanje dominantnog položaja se određuje na osnovu brojnih kvantitativnih i kvalitativnih faktora koji se odnose na prirodu i strukturu tržišta. U praksi evropskih institucija i u literaturi se pominju sledeći faktori:

- 1) tržišna snaga (tržišni udeli, elastičnost tražnje, proračun profitabilnosti),
- 2) prepreke za ulazak na tržište i razvoj tržišta,
- 3) strukturalni faktori, tj. karakteristike svojstvene relevantnom tržištu (pravne i administrativne prepreke ulasku na tržište, *sunk costs*, dinamičnost tržišta), kao i karakteristike svojstvene navodno dominantnom učesniku na tržištu (obim poslovanja, široka geografska prisutnost, pristup finansijskim izvorima, obim proizvoda i njihova diferencijacija),
- 4) faktori koji upućuju na određeno poslovno ponašanje.⁵⁸

Nova definicija koju Zakon predviđa je neprecizna i štura. Neprecizna je stoga što je zahtev kojim Zakon definiše dominantan položaj, tj. da konkurent

⁵⁷ Case 85/76 *Hoffmann-La Roche (Vitamins)* [1979] ECR 461, par. 38-39.

⁵⁸ Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, drugo izdanje, Oxford 2007, str. 323-335.

na tržištu ima **značajno bolji položaj u odnosu na konkurente** suviše uopšten i da bi se primenio zahteva tumačenje što svakako ne doprinosi pravnoj sigurnosti. Štura je zato što kriterijumi koji treba da posluže u tumačenju usvojene definicije nisu dovoljni da obuhvate raznovrsne situacije koje se u konkretnim slučajevima mogu javiti, a zakon te kriterijume navodi metodom nabiranja i iz jezičke formulacije se zaključuje da je navedena lista konkluzivna i ne dozvoljava primenu nekih dodatnih kriterijuma. Čak su i neki od kriterijuma prisutnih u nemačkom zakonskom tekstu, koji je služio kao uzor, izostavljeni.⁵⁹

Imajući u vidu, da u skladu sa SAA, postojeći Zakon treba da se tumači i primenjuje u skladu sa *acquis communautaire*, nije jasna odluka zakonodavca da odstupa od definicije preuzete iz evropskog prava konkurencije, kojoj je nedostajalo preciziranje i da uvede novu, opet nejasnu i šturu definiciju, baziranu na nemačkom pravu konkurencije. Na osnovu SAA, novu definiciju treba tumačiti na osnovu *acquis communautaire*, ali postavlja se pitanje da li je nova definicija dovoljno sveobuhvatna da uključi i obezbedi definisanje svih potencijalno mogućih situacija. Kao što je već navedeno, Zakon kriterijume koje treba uzeti u obzir prilikom određivanja da li određeni učesnik na tržištu uživa dominantan položaj navodi metodom nabiranja i iz jezičke formulacije se zaključuje da je navedena lista iscrpna i ne dozvoljava primenu nekih dodatnih kriterijuma. Ovo može dovesti do problema u primeni Zakona u konkretnim slučajevima, kao i njegovom kolizijom sa primenom SAA.

Zakon u čl. 15 st. 3 definiše pretpostavku kolektivne dominacije ako između dva ili više učesnika na tržištu ne postoji značajna konkurencija i ako je njihov ukupan tržišni udeo 50% ili više. Zakonodavac je i ovde bio inspirisan rešenjem nemačkog zakona o zaštiti konkurencije, međutim, za razliku od svog uzora i ovde je ostao neprecizan.⁶⁰ Ono što je propušteno da bude navedeno jesu dve bitne stvari:

- 1) da bi dva ili više učesnika na tržištu mogli biti smatrani da su u kolektivnom dominantnom položaju potrebno je da između njih ne postoji značajna konkurencija **u pogledu jedne određene robe ili jedne određene usluge**, koji je parametar za dato relevantno tržište u

⁵⁹ Vidi ft. 56.

⁶⁰ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, čl. 19, st. 2, rečenica 2.

konkretnom slučaju, a ne da između njih uopšte ne postoji značajna konkurencija; kao i

- 2) učesnici na relevantnom tržištu kao celina moraju ispunjavati sve uslove predviđene definisanim odredbama za utvrđivanje postojanja dominantnog položaja, u formi predviđenoj za tzv. pojedinačni dominantan položaj.

Zakon je u čl. 16 utvrdio zabranu zloupotrebe dominantnog položaja u formi generalne klauzule, a zatim je inspirisan rešenjima čl. 82 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice⁶¹, naveo koji se slučajevi naročito smatraju zloupotrebom. Ono što je zakonodavac neopravdano izostavio je mogućnost pojedinačnog izuzeća od zabrane koje je predviđeno u evropskom zakonodavstvu, a čiji uslovi su slični uslovima za pojedinačno izuzeće od zabrane restriktivnih sporazuma.⁶² Na ovaj način je eventualna odbrana učesnika na tržištu koja bi bila zasnovana na povećanju ekonomske efikasnosti i dokazu da potrošači u konkretnom slučaju ne trpe štetu onemogućena, a samim tim i test koji je propisan Zakonom dovodi do lažnih pozitivnih rezultata u pojedinim slučajevima, tj. sankcioniše kao radnju zloupotrebe slučajeve koji to ne bi smeli biti.

5. KONCENTRACIJE UČESNIKA NA TRŽIŠTU

Zakon čl. 17. definiše pojam koncentracije, dok je pojam kontrole definisan već čl. 5. Zakona. Istovremeno, uslove za ocenu obaveze podnošenja zahteva za odobrenje koncentracije zakonodavac je uvrstio u čl. 61. Zakona, pa je učesnicima na tržištu za ocenu postojanja obaveze neophodno uvezivanje bitnih odredbi sadržaja teksta čl. 5, 17, 61. i 63. Zakona, odnosno za učesnike na tržištu hartija od vrednosti i čl. 64. Zakona. Naime, u smislu Zakona o zaštiti konkurencije *koncentracijom* se ne smatra svaka promena kontrole u privrednom društvu, a kako se ima smatrati u smislu odredbi Zakona o

⁶¹ Čl. 102 u novoj numeraciji članova.

⁶² Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, par. 30; DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, par. 84.

provrednim društvima, već isključivo promena kontrole⁶³ u smislu čl. 17 Zakona i to isključivo u slučajevima u kojima učesnici u koncentraciji ispunjavaju uslove iz čl. 61. Zakona. Samo u tim slučajevima i nastaje obaveza podnošenja zahteva za odobrenje koncentracije, kolokvijalno nazvano u Zakonu „*prijava koncentracije (notifikacija)*“⁶⁴.

Uslovi iz čl. 61 Zakona su apsolutno novi u odnosu na ranije zakonsko rešenje, kojim je zakonodavac očigledno želeo da izađe u susret svim upućenim primedbama i utvrdi značajno više pragove za obavezu prijave koncentracije na odobrenje Komisiji, a kako bi se izbegle situacije u kojima je samo jedan od učesnika u koncentraciji ispunjavao obavezne uslove prijave iz čl. 23 ranijeg Zakona. Naime, ranije zakonsko rešenje je utvrđivalo alternativne uslove za obavezu prijave koncentracije pri čemu su učesnici u koncentraciji (dva ili više) morali zajedno imati tek više od 10 miliona evra prihoda u prethodnoj obračunskoj godini ostvaren na tržištu Srbije ili pak tek više od 50 miliona evra prihoda ostvaren na Svetskom tržištu. Otuda je jasno da je Komisija u prethodnim godinama primene Zakona o zaštiti konkurencije bila opterećena brojnim zahtevima, u okviru kojih je bilo i sticanja kontrole nad učesnikom na tržištu sa neznatnom ekonomskom snagom i krajnje beznačajnim prihodom, a u kom slučaju je drugi učesnik u koncentraciji (preuzimalac) ispunjavao samostalno jedan i/ili drugi alternativni uslov. Novo Zakonsko rešenje je takvo da upravo onemogućava navedenu situaciju, a predviđenim uslovima iz čl. 61. st. 1 tačka 1) i 2).

Prvim uslovom je tako predviđena obaveza prijave samo u slučaju ispunjenja dva kumulativna uslova: a) svi učesnici u koncentraciji imaju zajedno ostvaren prihod na Svetskom tržištu od preko 100 miliona evra u prethodnoj obračunskoj godini i b) najmanje jedan učesnik u koncentraciji ima prihod veći od 10 miliona evra ostvaren na tržištu Srbije. Drugi alternativni uslov je predviđen za tzv. nacionalne koncentracije pa su tako opet predviđena dva kumulativna uslova: a) svi učesnici u koncentraciji imaju zajedno ostvaren

⁶³ Promena kontrole iz pojedinačne u zajedničku (*sole to joint*) i obrnuto; promena kvaliteta kontrole; preuzimanje većinskog paketa akcija/udela u društvu; sticanje prava *veta* na donošenje ključnih poslovnih odluka, koje odluke nisu usmerene na zaštitu interesa manjinskih akcionara i sl.

⁶⁴ Pored brojnih drugih neadekvatnih prevoda i upotreba termina u predmetnom Zakonu isti je naveden kao primer budući da *notifikacija* može imati samo značenje *najave, obavesti* i sl. a nikako i zahteva.

prihod preko 20 miliona evra u prethodnoj obračunskoj godini na tržištu Srbije i b) najmanje dva učesnika u koncentraciji imaju ostvaren pojedinačni prihod na tržištu Srbije od najmanje jedan milion evra u prethodnoj obračunskoj godini.

Međutim, zakonodavac nakon propisivanja ovakvih uslova unosi novu formulaciju upravo suprotno cilju sprečavanja administrativnog opterećivanja kapaciteta Komisije kontrolom tržišno beznačajnih koncentracija, uvođenjem st. 3. navedenog čl. 61. Naime, ovim je uvedena obaveza prijave koncentracije za svaku promenu kontrole koja se sprovodi po osnovu *propisa kojim se uređuje preuzimanje akcionarskih društava*, nezavisno od ispunjenosti uslova iz čl. 61. st. 1 Zakona.

Pored osnovnog nerazumevanja cilja kontrole koncentracija, zakonodavac je ponovo propustio da uskladi obaveze učesnika na tržištu hartija od vrednosti u skladu sa propisima kojima se uređuje poslovanje ovih privrednih društava i odredbi o obavezi prijave i kontrole koncentracija. Naime, Zakon u čl. 63. st. 1 tačka 2) predviđa obavezu prijave koncentracije u roku od 15 dana od izvršenja prve od navedenih radnji, između ostalih i *objavlivanja javnog poziva, odnosno ponude ili zatvaranja ponude*. Krajnje je nejasno kada se to može zatvoriti javna ponuda, a da prethodno ista nije ni objavljena. Ovo je određenje naročito bilo bitno za učesnike na tržištu hartija od vrednosti za koje po Pravilniku Komisije za hartije od vrednosti postoji obaveza prijave Komisiji za zaštitu konkurencije u zakonom predviđenom roku od trenutka objave javnog poziva, a u slučaju da su ispunjeni uslovi iz Zakona o zaštiti konkurencije. Sada međutim, u skladu sa gore navedenom obavezom iz čl. 61 st. 3, predviđenom za sve učesnike na tržištu hartija od vrednosti, po objavi javnog poziva bi se morala izvršiti i notifikacija Komisiji za zaštitu konkurencije. Ipak, u tom trenutku niko ne može predvideti uspeh tako izdate javne ponude, tj. da li će kontrolno učešće *de facto* i/ili *de jure* biti obezbeđeno. Umesto logičnog rešenja, da kada je već predviđena apsolutno nejasna obaveza za sve učesnike na tržištu hartija od vrednosti, obezbede mogućnost prijave koncentracije po zatvaranju ponude i utvrđivanju da li je kontrolno učešće uopšte obezbeđeno tj. da li je uopšte sprovedena koncentracija, Zakon u čl. 64 obezbeđuje mogućnost da se koncentracija odmah *notifikuje* i zaključkom predsednika Komisije obezbedi prekid sprovođenja koncentracije. Sada bi taj nesrećno izabrani termin *notifikacija* i mogao imati adekvatnu ulogu jer bi obezbedio samo obavest o nameravanom preuzimanju, koje bi preuzimanje bilo prijavljeno Komisiji nakon što je kontrolno učešće obezbeđeno.

6. NEZAVISNOST I SAMOSTALNOST RADA ORGANA KOMISIJE

Veoma važno pitanje u postupku implementacije zakona i politike konkurencije na tržištu Srbije predstavlja i pitanje na koji način su regulisani položaj i samostalnost tela za zaštitu konkurencije tj. Komisije za zaštitu konkurencije. U tom smislu nije dovoljno određenje ponuđeno u čl. 20 Zakona da je Komisija *samostalna i nezavisna organizacija koja vrši javna ovlašćenja*. Naime, nezavisnost je svakako preduslov da bi se osiguralo da na primenu i izvršenje zakonskih normi ne utiče i razmatranje trenutnih političkih potreba. Ovakvom odredbom je zakonodavac morao imati u vidu ne samo deklarativno određenje već i zaista cilj da se tumačenje i primena Zakona zasniva isključivo na ekonomskim i pravnim osnovama, a nikako pod političkim pritiskom ili pak finansijsko-budžetskim ograničenjima. U skladu sa tim, proklamovana *nezavisnost* se mora ostvarivati u smislu utvrđivanja stepena u kojem politički činioци, pre svega Ministarstvo trgovine i usluga odnosno Vlada RS, mogu uticati na način primene Zakona i formulisanja smernica razvoja i politike zaštite konkurencije u Republici Srbiji.

Iako je sasvim jasno da jedna organizacija sa poverenim javnim ovlašćenjima ne može i ne sme funkcionisati nezavisno od ekonomsko-političkog sistema države, *nezavisnost* mora biti utvrđena i primljena kao obaveza komunikacije i otvorenosti Komisije ka obrazloženim zahtevima političkih organa i učesnika na tržištu te u tom smislu iste uzimati u obzir pri definisanju smernica razvoja politike konkurencije, ali nikako i u postupku tumačenja i primene određenih zakonskih normi na pojedinačne slučajeve.

S druge strane, u postupku odlučivanja i donošenja odluka u samoj Komisiji očigledno je da je novim zakonskim rešenjima sproveden krupan korak unazad. Naime, Zakonom je predviđeno ustanovljavanje dva organa Komisije⁶⁵ - Saveta Komisije i predsednika Komisije. Savet je predviđen kao kolegijalni organ koji donosi sve odluke i akte o pitanjima iz nadležnosti Komisije, a čine ga predsednik Komisije i četiri člana. Dakle, ovde je utvrđen jedan specifičan sistem koji predviđa, opet samo deklarativno, kolegijalni organ – Savet dok zapravo o svim bitnijim pitanjima odlučuje *skriveni inokosni organ* Komisije, tj. predsednik Komisije. Zakonodavac je naime predvideo

⁶⁵ Čl. 22. Zakona.

postojanje kolegijalnog organa, ali je predviđeni sistem pre svega inokosni imajući u vidu sva Zakonom propisana ovlašćenja za odlučivanje predsednika Komisije, nezavisno od stava Saveta Komisije. Predsednik Komisije stoga uživa najšira ovlašćenja koja se pre svega ogledaju⁶⁶ u sledećem:

- a) Donosi zaključak o pokretanju postupka;
- b) Odlučuje o sprovođenju skraćenog postupka i donosi rešenje u skraćenom postupku;
- c) Donosi zaključak o sprovođenju uviđaja i veštačenja;
- d) Donosi zaključak i o sprovođenju iznenadnog uviđaja;
- e) Donosi zaključak o privremenoj meri;
- f) Donosi zaključak o prekidu postupka, odnosno o nastavku postupka;

Ovlašćuje pojedinačna službena lica za sprovođenje postupka u svakom pojedinačnom slučaju;

Jedini je ovlašćen da preispita sadržaj komunikacije u slučaju moguće zloupotrebe privilegovane komunikacije iz čl. 51 Zakona;

Sve navedeno praktično znači da je predsednik Komisije jedini nadležan da odluči da li će, kada i po kom osnovu biti pokrenut postupak protiv određenog učesnika na tržištu, da li će se i koje istražne radnje preduzeti u pokrenutom postupku, da li će ovlašćena lica Stručne službe sprovesti nenajavljeni uviđaj, da li će se prekinuti postupak ako je po mišljenju isključivo predsednika Komisije konkurencije narušena samo neznatno, odnosno da li će se prekinuti jednom započeti postupak kao i da li će se učesniku na tržištu izreći privremena mera ili ne. Istovremeno, predsednik Komisije je jedini nadležan da odluči da li će određena koncentracija biti rešavana u skraćenom postupku⁶⁷ i istovremeno je autonoman u izdavanju rešenja za odobrenje sprovođenja koncentracije u skraćenom postupku.

⁶⁶ Predsednik Komisije uživa i brojna druga ovlašćenja manjeg značaja nezavisno od Saveta.

⁶⁷ Dakle, bez razmatranja i odlučivanja u okviru drugog organa tj. Saveta Komisije.

Utvrđivanje ovakvog obima i kvaliteta nadležnosti za jednog čoveka, makar on sam činio organ, otvara veliki broj pitanja koja su usko povezana sa pitanjem nezavisnosti i samostalnosti Komisije za zaštitu konkurencije.

Naime, inokosni organ se nigde i nikada nije pokazao kao celishodno i adekvatno rešenje, a s obzirom na izuzetno tešku poziciju sa kojom je svako telo za zaštitu konkurencije suočeno u postupku odlučivanja. Tako je u Nemačkoj razrađen sistem kolegijalnih organa⁶⁸ nadležnih isključivo za donošenje odluka koji stoga i imaju odlučujući uticaj na primenu zakona. Istovremeno, ni predsednik Nemačkog tela za zaštitu konkurencije⁶⁹ ne može imati direktnog ili indirektnog uticaja na donošenje odluke⁷⁰. U UK je takođe utvrđeno da pojedinac ne može uživati prevelika prava u oblasti zaštite konkurencije, već da ista moraju biti ograničena postupkom odlučivanja u okviru kolegijalnog organa. U tom smislu je i sistem, u kojem je Ministar imao široka ovlašćenja u primeni zakonskih odredbi, 2002. godine izmenjen osnivanjem *Office of Fair Trading* kao i drugog tela za zaštitu konkurencije *Competition Commission*. Cilj osnivanja oba tela kao kolegijalnih organa je upravo bilo ograničavanje ovlašćenja koja je do tada uživao sam Ministar. Sa istim ciljem je sprovedena i reforma u Holandiji 2005. godine od kada je utvrđen tročlani odbor u NMa⁷¹ kao kolegijalno telo za donošenje odluka.

Sam cilj zakonodavca pri utvrđivanja inokosnog organa sa najširim ovlašćenjima stoga ostaje nepoznanica⁷² za autore ovog teksta utoliko više što isti predstavlja korak u suprotnom pravcu od onoga koje su preduzele druge države i koji je bio utemeljen u ranijem Zakonu o zaštiti konkurencije RS.

Istovremeno, ostaje nejasno zašto se zakonodavac odlučio za trajanje mandata i jednog i drugog organa u Komisiji na period od pet (5) godina budući da je

⁶⁸ Beschlussabteilungen.

⁶⁹ Bundeskartellamt.

⁷⁰ I pored brojnih drugih odluka kojima se ovlašćenja jednog organa ograničavaju ovlašćenjima drugog organa u cilju sprečavanja uticaja na sam postupak i odlučivanje, npr. predsednik odlučuje o raspodeli predmeta organima za donošenje odluka, ali ta odluka predsednika mora biti prethodno odobrena od strane Ministarstva ekonomije i tehnologije.

⁷¹ Nederlandse Mededingingsautoriteit.

⁷² Osim ukoliko cilj nije utvrđivanje manjeg broja *tačaka* preko kojih se može ostvariti uticaj na nezavisnost i samostalnost rada Saveta Komisije.

isto rešenje praktično necelishodno. Naime, promenom svih članova Saveta Komisije, kao kolegijalnog organa, omogućava se utvrđivanje sasvim nove politike konkurencije i praktično resetovanje na početnu fazu. S druge strane, promena i samo jednog člana kolegijalnog organa tj. predsednika Komisije otvara mogućnost za utvrđivanje i sprovođenje politike koja nije u skladu sa shvatanjem i ciljevima preostala četiri potencijalno novo-izabrana člana Saveta.

Zakon takođe uvodi i specifikuje sistem rada Saveta u svakom pojedinom slučaju predviđajući da predsednik Komisije određuje izvestioca koji u saradnji sa službenim licem priprema predlog odluke i izveštava Savet Komisije o svim bitnim činjenicama i okolnostima slučaja⁷³. Ovakvo određenje je svakako na štetu svih stranaka u postupku budući da isti *izvestilac* uživa i pravo glasa na sednici Saveta. Istovremeno, ovakvim sistemom, u kojem predsednik Komisije faktički nadgleda, predlaže i odobrava svaku radnju u postupku (imajući u vidu široka ovlašćenja naročito pri odlučivanju o privremenoj meri ili pak prekidu i nastavku postupka kada mora biti upoznat sa svim činjenicama i okolnostima slučaja), i drugi glas pri odlučivanju Saveta može biti obezbeđen i pre nego *izvestilac* pripremi odluku i obavesti Savet o rezultatima sprovedenog postupka. U smislu svega navedenog, krajnje je nejasno kako je zakonodavac imao u vidu ostvarivanje objektivnog, nezavisnog i nepristrasnog odlučivanja u Savetu Komisije primenom Zakonom utvrđenog sistema rada u svakom pojedinačnom slučaju.

Na nezavisnost i samostalnost rada Komisije svakako uticaj može imati i predviđeni način finansiranja i raspoloživi izvori finansiranja Komisije. Iako je sasvim jasno i opravdano da Komisija ne može i ne sme ostvarivati prihod iz izrečenih mera⁷⁴ u potpunosti je nejasan cilj odredbe čl. 57 st. 4 Zakona kojim se predviđa da se *kamate i ostali troškovi* u postupku sudske kontrole rešenja Komisije isplaćuju na teret Komisije. Ovakvom odredbom se svakako ugrožava nezavisnost i samostalnost rada Komisije budući da je ista izložena, u skladu sa izrazito visoko propisanim upravnim merama⁷⁵, mogućim

⁷³ Čl. 25 Zakona.

⁷⁴ U nekim državama EU je ipak ustanovljen i sistem procentualnog odbitka od izrečene mere za finansiranje rada organa za zaštitu konkurencije.

⁷⁵ Od 0% do 10% ukupnog godišnjeg prihoda.

izrazito visokim troškovima u postupku sudske kontrole pred Upravnim sudom. Istovremeno, nije jasno ni kako je zakonodavac predvideo da Komisija u predlogu finansijskog plana koji dostavlja Vladi na odobrenje za svaku narednu godinu predvidi eventualni ishod okončanja budućeg upravnog postupka i sudske kontrole istog, kao i visinu mere, kamate i troškove koji mogu činiti rashod Komisije. Čini se stoga da je Komisija u smislu ostvarivanja prihoda iz izrečenih upravnih mera profitabilno poželjna organizacija za budžet Republike Srbije, ali je u slučaju izricanja mere koja može biti ukinuta ili pak delimično preinačena u postupku sudske kontrole ostavljena učesnicima na tržištu na milost i nemilost u očekivano brojnim sudskim postupcima. Naravno, kako Komisija sasvim izvesno neće imati sredstva za isplatu kamata i troškova postupka, učesnici na tržištu će ista morati da ostvare od Republike Srbije, a u čije ime i za čije potrebe Komisija vrši poverena javna ovlašćenja. Ipak, izvršenje je time znatno otežano za sve učesnike na tržištu koji svoje pravo ostvare u postupku sudske kontrole rešenja Komisije. Da li će i sredstva za rad pa i sam rad Komisije biti blokirana za sve vreme trajanja postupka ostvarivanja prava učesnika na tržištu na povraćaj isplaćene mere, kamata i svih pripadajućih troškova je svakako pitanje koje nosi značajnu težinu.

7. ZAKLJUČAK

Od novog Zakona o zaštiti konkurencije su svi imali velika očekivanja – oni koji ga donose, usvajaju i izvršavaju i oni na koje se odredbe neposredno odnose, tj. koji mogu uživati koristi i snositi posledice. Pa ipak, novi Zakon nije doneo očekivanu i nužnu pravnu sigurnost za učesnike na tržištu niti obezbedio efikasan sistem za sprovođenje i izvršavanje Zakona. Ciljevi se nisu promenili pa bitno drugačiji rezultati ne mogu ni očekivati. Čini se da će primena politike konkurencije, kao i u mnogim drugim zemljama, biti proizvod vremena u kojem određeni propis nastaje, a s obzirom na mnoge suprotstavljene interese sa nužnim prepoznavanjem svega lošeg *u hodu* i iščekivanjem novih izmena nakon akumulacije loših iskustava. Nada ipak ostaje da će loša iskustva ubuduće nailaziti na normativna unapređenja, a što nije bio slučaj ovoga puta. Naime, Zakon ponovo uvodi značajna ograničenja za učesnike na tržištu svojim *rigidnim* formulacijama koje ne obezbeđuju dovoljno prostora za tumačenje u cilju zaštite poslovanja učesnika na tržištu u slučajevima preduzimanja pojedinih poslovnih poduhvata koji se mogu očitavati kao *per se* zabrana ili pak omogućiti proizvoljno *ukalupljene* u šturu i nepreciznu definiciju dominantnog učesnika na tržištu. Pa ipak, uzimajući u

obzir odredbe SAA, valjalo bi očekivati da će se primeniti utvrđeni standardi za pojedine institute iz prava i politike konkurencije, usvojeni na nivou EU u odlukama ECJ i CFI, u razmatranju pojedinog slučaja od strane Komisije i utvrđivanju postojanja značajnog ograničavanja, narušavanja ili sprečavanja konkurencije.

Čini se da Republika Srbija nema jasno definisanu viziju tržišnog razvoja i primene prava konkurencije iako veliku ulogu svakako ima upravo i shvatanje tržišta od strane izvršne vlasti i politički ciljevi postavljeni u skladu sa tim⁷⁶. Mnogo toga u Srbiji ne funkcioniše, sistemski ciljevi nedostaju pa otuda nije ni iznenađujuća nezainteresovanost za regulisanje politike konkurencije zajedno sa zaštitom potrošača i državne pomoći. Dakle, pitanje koje, bar u Srbiji, ne nalazi odgovor jeste šta država želi, tj. na koji način i u kojoj meri nešto da reguliše i sprovedi. Ovo je pitanje od suštinskog značaja bilo u istoriji razvoja politike konkurencije u svim razvijenim zemljama otvorene tržišne ekonomije. Tako su u kolevci *antitrust* politike, u SAD, primena pravila konkurencije i ciljevi menjani u skladu sa političkim ciljevima i privrednim stanjem u zemlji. Pitanje cilja je stoga ultimativno pitanje. Da li je cilj politike konkurencije samo zaštita potrošača i zaštita konkurencije (jasno ne i konkurenata) i kopiranje rešenja na nivou EU ne uzimajući u obzir pravni sistem u koji se prevodi propisa integrišu ili postoje određeni drugi ciljevi čiju zaštitu valja obezbediti. Na isti način je i pravo konkurencije u EU do danas usvajano i primenjivano, kaskajući za razvojem u SAD, a ipak prihvatajući u kasnijoj fazi (po obezbeđivanju političko-ekonomskih činilaca poštovanja unutrašnjeg tržišta) ista rešenja. U tom smislu ne treba očekivati da se i u Srbiji određena shvatanja pojedinih instituta neće menjati, u skladu sa shvatanjem značenja i vrednosti tržišne ekonomije i državnih ciljeva, već samo da se ciljevi od usvajanja ranijeg do novog Zakona nisu izmenili.

⁷⁶ Predsednik SAD Woodrow Wilson je tako smatrao da primena *rule of reason* pravila na pojedinačne slučajeve ne obezbeđuje dovoljne smernice za poslovno okruženje i omogućava sudovima da širokim tumačenjima menjaju i sam cilj zakona - na taj način i takvom inicijativom je obezbeđeno i jasnije definisanje šturih odredbi Shermanovog zakona; Gellhorn, Kovacic, Calkins, *Antitrust Law and Economics*, 2004, str. 34. Holandski NMa je otpočeo sa radom faktički tek kada su i Vlada i predsednik države podržali aktivnosti na suzbijanju kartela od preko 300 privrednih društava na tržištu gradnje i učešća na javnim tenderima pretnjom stavljanja tih društava na crnu listu za sve buduće javne nabavke.

Sanja JELISAVAC TROŠIĆ
Mina ZIROJEVIĆ-FATIĆ*

UDK: 347.77/78
str. 105-113.

TRANSFER ZNANJA I INTELEKTUALNA SVOJINA¹

Abstract

One of the main goals of the European Commission, following the Lisbon agenda, is improving knowledge transfer between research institutions and industry across Europe. For that purpose Commission issued on 10 April 2008 the Recommendation on the management of intellectual property in knowledge transfer activities and Code of Practice for universities and other public research organizations. Among the other things an effort should be made to better convert knowledge into socioeconomic benefits. Better links between public research organizations, including universities, and industry can play the key role in facilitating the circulation and use of ideas in a dynamic knowledge society and in enhancing competitiveness and welfare.

* Mr Sanja Jelisavac Trošić, istraživač saradnik, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd.

Dr Mina Zirojević Fatić, istraživač saradnik, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd.

¹ Rad predstavlja deo naučnog i istraživačkog angažovanja istraživača na projektu: „Srbija u savremenim međunarodnim odnosima: Strateški pravci razvoja i učvršćivanja položaja Srbije u međunarodnim integrativnim procesima – spoljnopolički, međunarodni, ekonomski, pravni i bezbednosni aspekti“, koje finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije, projekat br. OI179029, a realizuje se u Institutu za međunarodnu politiku i privredu u periodu od 2011-2014.

Ključne reči: Intelektualna svojina, transfer znanja, Evropska zajednica, Kodeks poslovanja.

Uvod

Kada je ponovo lansirana Lisabonska strategija 2005. godine istaknuta je ključna uloga uspostavljanja boljih veza između državnih istraživačkih organizacija, uključujući i univerzitete, sa jedne strane i industrije, sa druge strane. Uspostavljanje ovih veza bi olakšalo cirkulaciju i praktičnu upotrebu ideja u danas veoma dinamičnom okruženju zasnovanom na korišćenju znanja, kao što bi pojačalo konkurenciju i dobrobit za celo društvo. Potrebno je uložiti veliki napor da bi se znanje pretvorilo u socioekonomske dobitke. Zbog toga se državne istraživačke organizacije moraju reorganizovati u smeru boljeg, celishodnijeg i efikasnijeg iskorišćavanja istraživačkih rezultata, sa krajnjim ciljem pretvaranja tih rezultata u nove proizvode i usluge. Način da se to ostvari podrazumeva saradnju između akademskih institucija i industrije, pokretanje zajedničkih ili ugovornih istraživanja koje će da finansira i privatni sektor, licenciranje i stvaranje spin-off efekata. U razvijenoj tržišnoj privredi stalno je prisutna utakmica između učesnika na tom tržištu i ona daje impuls savremenom tehnološkom razvoju. Proizvođači neprestano usavršavaju proizvodnju u cilju održanja svoje konkurentske sposobnosti. Oni učesnici u privrednom životu koji nemaju sredstava ili ne žele da ulažu sredstva u istraživanje, nastoje da pribave potreban know how od onih koji ga već imaju. Zbog toga prenos znanja, tj. transfer tehnologije postaje isto toliko značajan u svetu koliko i promet roba i usluga.² Efikasno iskorišćavanje istraživačkih rezultata koji su proizašli iz budžetskog finansiranja, zavisi od dobrog upravljanja intelektualnom svojinom (znanja u najširem smislu te reči, pronalasci, softver, baze podataka i mikroorganizmi, bez obzira da li su ili nisu zaštićeni pravnim sredstvima kao što su na primer, patent) od razvoja preduzetničke kulture i pratećih veština u okviru državnih istraživačkih organizacija, kao i od bolje komunikacije i interakcije između javnog i privatnog sektora. Zemlje članice su tokom poslednjih godina preduzimale akcije da olakšaju transfer znanja na nacionalnim

² Sanja Jelisavac, *Intelektualna svojina – međunarodna trgovina pravima intelektualne svojine*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2006, str. 36.

nivoima, ali postojanje značajnih razlika između nacionalnih pravnih okvira, politike i prakse, kao i različiti standardi u upravljanju intelektualnom svojinom u okviru državnih istraživačkih organizacija, sprečili su ili otežali međunacionalni transfer znanja širom Evrope i realizaciju Evropskog istraživačkog prostora. Komisija Evropskih zajednica je stoga preduzela korake i sačinila Preporuku zemljama članicama i njihovim regionima u kojoj su predstavljene smernice za razvoj i osavremenjivanje nacionalnih smernica i okvira, kao i Kodeks poslovanja, u nameri da poboljša način na koji državne istraživačke organizacije upravljaju intelektualnom svojinom i transferom znanja.³

Komunikacija Komisije Evropskih zajednica upućena Svetu, Evropskom parlamentu, Evropskom ekonomskom i socijalnom komitetu i Komitetu regiona o poboljšanju transfera znanja između istraživačkih institucija i industrije širom Evrope: prihvatanje otvorenih inovacija – implementacija Lisabonske agende, može se naći na sajtu Evropske unije.⁴ Preporuka Komisije od 10. aprila 2008. godine, o upravljanju intelektualnom svojinom u aktivnostima transfera znanja i Kodeks poslovanja za univerzitete i druge državne istraživačke organizacije se može naći u Službenom glasniku Evropske unije.⁵

SADRŽAJ DOKUMENTA

Dokument koji razmatramo sastoji se od uvodnog dela koga slede preporuke Komisije državama članicama o upravljanju intelektualnom svojinom u aktivnostima transfera znanja i dva aneksa. Prvi aneks se sastoji od Kodeksa

³ Na engleskom jeziku: Code of Practice.

⁴ Communication from the Commission to The Council, The European Parliament, The European Economic and Social Committee and The Committee of the Regions, Improving knowledge transfer between research institutions and industry across Europe: embracing open innovation – Implementing the Lisbon agenda, Commission of the European Communities, Brussels, 04. 04. 2007, COM(2007) 182 final, Internet: ec.europa.eu/invest-in-research/pdf/com2007182_en.pdf, 13/04/2009.

⁵ Commission Recommendation of 10 April 2008 on the management of intellectual property in knowledge transfer activities and Code of Practice for universities and other public research organisations, (notified under document number C(2008) 1329), Official Journal of the European Communities (OJ), L 146/19, 05. 06. 2008.

poslovanja za univerzitete i druge državne istraživačke organizacije, a tiče se upravljanja intelektualnom svojinom u aktivnostima transfera znanja. Drugi aneks prikazuje olakšice u upravljanju intelektualnom svojinom, pri transferu znanja, koje državni organi pružaju univerzitetima i drugim državnim istraživačkim organizacijama. Komisija preporučuje da bi države članice Evropske unije, pre svega, trebalo da osiguraju da sve državne istraživačke organizacije definišu transfer znanja kao stratešku misiju. Podsticanje državnih istraživačkih organizacija da uspostave i publikuju politiku i procedure za upravljanje intelektualnom svojinom u skladu sa Kodeksom poslovanja (Aneks 1) i odabir i upotreba najbolje prakse od svih, koje su predstavljene u Aneksu 2, uzimajući u obzir nacionalni kontekst, je takođe jedna od glavnih preporuka Komisije. Države članice bi trebalo da podržavaju razvoj kapaciteta za transfer znanja i veština zaposlenih u državnim istraživačkim organizacijama. Takođe treba razvijati mere kojima će se podizati nivo svesti i veština studenata, posebno u oblasti nauke i tehnologije, a tiče se intelektualne svojine, transfera znanja i preduzetništva. Prema preporukama Komisije potrebno je obezbediti, sa jedne strane, promociju i širenje znanja nastalih u okviru javnog finansiranja, preduzimanjem koraka da se obezbedi i olakša pristup istraživačkim rezultatima i sa druge strane omogućiti, gde je god to moguće, da relevantna intelektualna svojina bude zaštićena. Bolja kooperacija između država članica Evropske unije i preduzimanje koraka ka boljem povezivanju njihovih režima vlasništva, kada je u pitanju zaštita prava intelektualne svojine, će olakšati prekograničnu saradnju i transfer znanja na polju istraživanja i razvoja. Države bi trebalo da upotrebe principe koji su izloženi u Preporuci kao bazu za uvođenje novih ili adaptiranje postojećih nacionalnih direktiva i zakonodavstva na polju upravljanja intelektualnom svojinom i transferom znanja od strane državnih istraživačkih organizacija ili za sve mere kojima se promoviše transfer znanja, ili prilikom stvaranja novih relevantnih politika ili finansijskih šema. Pomenuti principi su veoma korisni i za potrebe zaključivanja sporazuma o saradnji sa istraživačkim organizacijama iz zemalja van Evropske unije.

Prvi aneks se odnosi na Kodeks poslovanja za univerzitete i druge državne istraživačke organizacije, a u vezi upravljanja intelektualnom svojinom u aktivnostima transfera znanja (u nastavku teksta, Kodeks poslovanja). Kodeks poslovanja se sastoji od tri glavne grupe principa. Prvu grupu čine principi za internu politiku intelektualne svojine. Oni sačinjavaju bazični set principa koje bi državne istraživačke organizacije morale da primene u cilju efikasnog upravljanja intelektualnom svojinom koja je rezultat njihovih

sopstvenih (ili u saradnji sa drugim organizacijama) aktivnosti na polju istraživanja i razvoja. Druga grupa su principi za politiku transfera znanja. Oni čine dopunu prvoj grupi principa na taj način što su više fokusirani, posebno na aktivan transfer i eksploataciju nove intelektualne svojine, bez obzira da li je ona zaštićena ili ne pravima intelektualne svojine. Treća grupa sadrži principe za zajednička i ugovorna istraživanja. Oni se tiču svih vidova istraživačkih aktivnosti sprovedenih ili finansiranih od strane državnih istraživačkih organizacija i privatnog sektora, uključujući posebno i zajednička istraživanja (gde sve strane sprovode istraživačko razvojne aktivnosti) i ugovorna istraživanja (gde je za istraživanje i razvoj angažovana javna istraživačka organizacija od strane privatne kompanije). Principi za internu politiku intelektualne svojine podrazumevaju razvoj politike intelektualne svojine kao dela dugoročne strategije i misije državnih istraživačkih organizacija. Poželjno je i objavljivanje te politike, interno i eksterno, kao i uspostavljanje jedinstvene i odgovorne tačke za kontakt. Unutrašnja politika intelektualne svojine treba da obezbedi jasna pravila za zaposlene i studente, sa posebnim osvrtom na objavljivanje novih ideja sa potencijalnim komercijalnim efektima, posedovanje istraživačkih rezultata, održavanje zapisnika, upravljanje konfliktom interesa i angažovanje treće strane. Potrebno je unaprediti identifikaciju, eksploataciju i, tamo gde je moguće, zaštitu intelektualne svojine u skladu sa strategijom i misijom državne istraživačke organizacije i sa ciljem maksimizacije socioekonomskih dobitaka. Principi za politiku transfera znanja imaju za cilj unapređenje upotrebe rezultata istraživanja koje je finansirala država i maksimiziranja njihovog socioekonomskog uticaja. Ovde se razmatraju svi tipovi mogućih mehanizama eksploatacije, kao na primer, licenciranje ili spin-off rezultati, i svi mogući partneri za eksploataciju, na primer, kompanije, druge istraživačke organizacije, investitori, agencije službe za podršku inovacijama, i naravno odabiraju najpogodniji. Dok proaktivna politika intelektualne svojine i transfera znanja može da donese dodatne prihode državnim istraživačkim organizacijama, ostvarivanje dodatnih prihoda ne bi smelo biti glavni cilj. Države članice treba da obezbede pristup državnim istraživačkim organizacijama profesionalnim uslugama u vezi transfera znanja, što podrazumeva i sudsku, finansijsku, komercijalnu i zaštitu intelektualne svojine i dobijanje praktičnih saveta, kao i konsultacija sa tehničkim osobljem. Donošenje i javno objavljivanje politike licenciranja treba biti sprovedeno u cilju harmonizacije prakse u okviru državnih istraživačkih organizacija kao i u cilju obezbeđivanja pravičnosti u svim poslovima, a posebno kod transfera vlasništva nad pravima intelektualne svojine, ili odobravanja ekskluzivnih

licenci. Principi za zajednička i ugovorna istraživanja treba da budu kompatibilni sa misijom svake od strana ugovornica. Ovi principi treba da uzmu u obzir nivo privatnog finansiranja i da budu u skladu sa ciljevima istraživačkih aktivnosti, a posebno da maksimizuju komercijalne i socioekonomske uticaje samog istraživanja. Pored toga, treba voditi računa o potrebi državnih istraživačkih organizacija da privuku privatne finansijere. Sva pitanja u vezi intelektualne svojine moraju biti raščišćena na najvišem nivou u organizaciji i to u što ranijoj fazi istraživačkog projekta, idealno i pre samog početka projekta. Pitanja intelektualne svojine obuhvataju alokaciju vlasništva nad pravima intelektualne svojine koja se stvaraju u okviru projekta, identifikaciju koja se intelektualna svojina već nalazi u vlasništvu strana ugovornica pre početka projekta, a koja će biti korišćena u izvršenju projekta, prava pristupa i podela prihoda. Drugi aneks nam daje olakšice u upravljanju intelektualnom svojinom, pri transferu znanja, koje državni organi pružaju univerzitetima i drugim državnim istraživačkim organizacijama. Transfer znanja između univerziteta i industrije je definisan kao strateška misija u okviru svake zemlje članice i to kako na nacionalnom tako i na regionalnom nivou. Državno ministarstvo je zaduženo za koordinaciju transfera znanja kao i za praćenje uticaja koji ovaj transfer ima na celo društvo i državu. Da bi istraživanja koje finansira država bila profitabilna potrebno je videti koje su potrebe industrije i privatnog sektora uopšte.

Na taj način bi istraživanja bila profitno usmerena i odgovarala bi potrebama privrede i društva.⁶ Pre nego što se uspostave novi mehanizmi za transfer znanja osim traženja stručnog mišljenja od državnih istraživačkih organizacija, potrebno je potražiti mišljenje i od privatnih kompanija, čak i od malih i srednjih preduzeća. Ukoliko se na lokalnom nivou ne vidi isplativost postojanja kancelarije odnosno organa za upravljanje intelektualnom svojinom, onda se takav organ formira na regionalnom nivou i biće dostupan svim lokalnim istraživačkim organizacijama. Takođe, radi olakšavanja transfera znanja, dat je model ugovora, koji se može koristiti prilikom sklapanja budućih poslova. Stvoreni su i državni fondovi za transfer znanja i

⁶ Commission Recommendation of 10 April 2008 on the management of intellectual property in knowledge transfer activities and Code of Practice for universities and other public research organisations, (notified under document number C(2008) 1329), Official Journal of the European Communities (OJ), L 146/19, 05. 06. 2008, str. 5.

bilo koji drugi oblik po slovnog angažmana u okviru državnih istraživačkih organizacija, uključujući i unajmljivanje eksperata.

U cilju unapređenja međunarodnog transfera znanja i olakšavanja kooperacije između organizacija iz više zemalja, vlasništvo nad intelektualnom svojinom koja je rezultat državno financiranih istraživanja je jasno definisano i dostupno na uvid javnosti. Slobodan pristup rezultatima istraživanja je u skladu sa principima OECD, izuzimajući samo rezultate koji su vezani za komercijalnu eksploataciju. Politika javnog pristupa se odnosi i na rezultate koji su nastali iz istraživanja financiranih od strane državnih organa. Komisija Evropske unije je pokrenula mehanizme za monitoring o progresu nacionalnih državnih istraživačkih organizacija po pitanjima transfera znanja. To se vrši kroz godišnje izveštaje koje podnose državne istraživačke organizacije. Ove informacije, kao i objavljeni rezultati istraživanja, su dostupni svim zemljama članicama Evropske unije.

Preporuka Komisije o upravljanju intelektualnom svojinom u aktivnostima transfera znanja i Kodeks poslovanja za univerzitete i druge državne istraživačke organizacije je usvojena 10. aprila 2008. godine. Evropska komisija je navela veliki broj postupaka koji bi trebali da pomognu zemljama članicama da primene sve što se nalazi u Preporuci. Svakoj zemlji članici ostavljeno je da izabere najbolje procedure i postupke za sprovođenje Preporuka, jer određene procedure koje su efikasne u jednoj zemlji nisu možda najbolje rešenje za drugu. Osim ove Preporuke potrebno je poštovati i već postojeći Vodič o poboljšanju transfera znanja između istraživačkih institucija i industrije kao i principe OECD. Države članice imaju obavezu da obaveste Komisiju do 15. jula 2010. godine, o merama koje su uvedene poštujući ovu Preporuku, kao i o rezultatima koji su ostvareni primenom tih mera. Nakon 2010. godine, podnošenje izveštaja postaje dvogodišnja obaveza država članica.

Zaključak

Preporuke koje je Komisija Evropske unije predstavila 2008. godine mogu biti veoma značajne i za našu zemlju. Pošto smo potpisali Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, potrebno je da pratimo promene u zakonodavstvu Evropske unije i da primenjujemo one mere koje će nam koristiti da bi se lakše uklopili u evropski zakonodavni prostor. Ukoliko Srbija bude poštovala ove smernice biće joj lakše da se u potpunosti uključi i u evropski istraživački prostor. Osim toga, aktivnosti na polju upravljanja intelektualnom svojinom i transferom znanja mogu dovesti do ostvarivanja socioekonomskih dobiti.

Mere koje bi se sprovodile trebalo bi da rezultiraju privlačenjem studenata, naučnika kao i dodatnih fondova za finansiranje istraživačkih aktivnosti. Preporuke Komisije o upravljanju intelektualnom svojinom u aktivnostima transfera znanja i Kodeks poslovanja za univerzitete i druge državne istraživačke organizacije se odnose i na saradnju između zemalja. Prema tome, ukoliko istraživačka organizacija iz Srbije želi da ostvari saradnju sa istraživačkom organizacijom ili univerzitetom iz zemlje članice Evropske unije, moraće da poštuje i ove principe transfera znanja i upravljanja intelektualnom svojinom.

