

Godina XII

2010.

Broj 1.

YU ISSN 1450-7986

UDK 34: 061.1(4)

REVIJA ZA EVROPSKO PRAVO

periodični časopis Udruženja za evropsko pravo

Glavni i odgovorni urednik
prof. dr Radovan D. VUKADINOVIĆ

Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac

Izdavač
Udruženje za evropsko pravo
34000 Kragujevac

Uređivački odbor

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

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: mr Slavko Đorđević

Časopis izlazi periodično

Tiraž: 500

Štampa: Interprint, Kragujevac

Predlog za citiranje: REP., XII(2010) 1.

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

REVIJA ZA EVROPSKO PRAVO

periodični časopis Udruženja za evropsko pravo

Godina XII	2010.	Broj 1.
------------	-------	---------

SADRŽAJ

ČLANCI I RASPRAVE

Radovan Vukadinović	Indirektni načini zaštite subjektivnih komunitarnih prava u državama članicama EU	5
Duško Dimitrijević	Harmonizacija propisa o prodaji nepokretnosti u Evropskoj uniji	25
Mirjana Cukavac	Odbijanje poslovanja u antimonopolskom pravu SAD i Evropske unije	37

PRILOZI

Slobodan Zečević	Uloga Evropske centralne banke u institucionalnom sistemu Evropske unije	81
Sanja Jelisavac Trošić i Mina Zirojević Fatić	Ženevski akt i industrijski dizajn	95

REVIEW OF EUROPEAN LAW

Periodical Review of the Association for European Law

Volume XII

2010

No. 1

CONTENTS

ARTICLES

Radovan D. Vukadinović	Indirect Ways of the Protection of Community Subjective Rights in the Member States of the EU	5
Duško Dimitrijević	Harmonization of Sales Law in the EU	25
Mirjana Cukavac	Refusal to Deal in the USA and EU Antitrust Law	37

CONTRIBUTIONS

Slobodan Zečević	The Role of European Central Bank in Institutional System of the EU	81
Sanja Jelisavac Trošić and Mina Zirojević Fatić	Geneva Act of the Hague Agreement Concerning the International Registration of Industrial Designs	95

ČLANCI I RASPRAVE

Radovan D. VUKADINOVIĆ*

UDK: 341. 217(4-672EU)

341.63

str. 5-23

INDIREKTNI NAČINI ZAŠTITE SUBJEKTIVNIH KOMUNITARNIH PRAVA U DRŽAVAMA ČLANICAMA EVROPSKE UNIJE

Apstrakt

Pojedinci čija su subjektivna prava koja su im dodeljena komunitarnim propisima povređena, mogu zaštitu svojih prava tražiti na direktan i na indirektan način. Međutim, izbor pravnog sredstva i postupak za ostvarivanje zaštite nije prepušten pojedincima, već zavisi od prirode povređenog prava, načina povrede i od karaktera propisa kojim su dodeljena subjektivna prava. Predmet ovog rada je ograničen samo na indirektnu ili posrednu zaštitu koju pojedinci mogu ostvariti pred nacionalnim sudovima država članica na dva načina: usklađenim tumačenjem i u postupku odlučivanja po prethodnom pitanju. U tom cilju su u prvom delu rada analizirani pojam, predmet i granice usklađenog tumačenja, dok je u drugom delu rada ukazano na međusobni odnos i funkcionalnu povezanost odlučivanja o prethodnom pitanju i usklađenog tumačenja.

* Profesor Pravnog fakulteta i direktor centra za pravo EU, Kragujevac

Ključne reči: komunitarno pravo, unutrašnje pravo, subjektivna prava, zaštita prava, pravna sredstva, usklađeno tumačenje, odlučivanje o prethodnom pitanju.

Key words: community law, internal law, subjective rights, protection of rights, remedies, indirect effect, preliminary rulings.

I USKLAĐENO TUMAČENJE KOMUNITARNOG PRAVA

1. Pojam

Obaveza usklađenog tumačenja nacionalnih propisa je izvedena iz principa lojalnosti ili iskrene saradnje¹ i obaveze država članica da komunitarnom pravu omoguće punu primenu i delotvornost.² Sama tehnika tumačenje se oslanja na opšta pravila o tumačenju, a posebno na tumačenje prema svrsi ili cilju (teleološko ili ciljno tumačenje komunitarnog prava).³ U skladu sa načelom ciljnog tumačenja, komunitarne propise ne bi trebalo tumačiti u skladu sa bukvalnim ili doslovnim značenjem upotrebljenih formulacija,⁴ već u skladu sa "duhom, opštom šemom i formulacijom" konkretnih članova, ili u skladu sa opštim ciljevima koji su postavljeni u Ugovoru o osnivanju.⁵ Pod "duhom" komunitarnog prava podrazumeva se, ustvari, *ratio legis* ili *cilj* donošenja odnosnog propisa ili pravila.

¹ Čl. 4(3) Lisabonskog Ugovora o Evropskoj uniji. Raniji član 5. Ugovora o osnivanju EEZ (do Mastrihta) i član 10. Mastriškog Ugovora o osnivanju Evropske zajednice.

² Vid. P. Craig, The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions, 34 *E.L. Rev.*, 2009, str. 357, kao i stav Suda pravde u predmetima C-160/01, *Mau v Bundesanstalt für Arbeit* [2003] ECR I-4791; i združenim predmetima: C-397–403/01, *Pfeiffer Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, [2004] ECR I-8835. tač., 113.

³ O metodima tumačenja generalno vid. A. Bredimas, *Methods of Interpretation and Community Law*, Amsterdam - New York, 1978. O načelima tumačenja vid. A. G. Toth, G. Toth, *Legal Protection of Individuals in the European Communities, Vol. II: Remedies and Procedures*, Amsterdam - New York 1978. pp. 226-234.

⁴ Vid. stav Suda pravde u jednom od prvih predmeta 6/60, *Jean E Humbet v Belgian State* [1960] ECR 559.

⁵ Vid. presudu u predmetu 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Co. Inc v Commission*, [1973] ECR 215. U pitanju je bilo utvrđivanje pravog smisla, tj. domašaja odredbi člana 86. Ugovora o osnivanju o zabrani zloupotrebe dominantnog položaja.

Metod ciljnog tumačenja, Sud pravde je koristio kako za utvrđivanje pravog značenja odredbi primarnog tako i sekundarnog komunitarnog zakonodavstva. U predmetu *CILFIT*⁶ to je obrazložio shvatanjem da "svaka odredba komunitarnog prava mora biti smeštena u kontekst i tumačena u svetlu odredbi komunitarnog prava kao celine, uzimajući u obzir njene ciljeve i njen razvoj od datuma kad je odredba u pitanju trebala biti primenjena." Otuda se Sud u brojnim slučajevima pozivao na preambule komunitarnih uredbi i uputstava kako bi odredio pravi smisao, odnosno ciljeve njihovog donošenja.

2. Obim ili domašaj primene metoda usklađenog tumačenja

Pitanje tumačenja se može postaviti pred Sudom pravde u postupku primene komunitarnih propisa po direktnim tužbama i u postupku odlučivanja o prethodnim pitanjima. Pred nacionalnim sudskim i upravnim organima pitanje tumačenja se postavlja u postupku primene implementirajućih nacionalnih propisa i neimplementiranih ili nepotpuno implementiranih komunitarnih uputstava nakon njihovog stupanja na snagu.⁷ U postupcima po direktnim tužbama, Sud pravde tumači komunitarne propise primenom uobičajenih metoda, pri čemu se često ističe da ciljni metod ima posebno značajnu ulogu. U ovom slučaju se ne može govoriti o usklađenom tumačenju u pravom smislu reči. Ipak, i kod ovog tumačenja Sud pravde mora voditi računa da u postupku nalaženja pravog značenja primarnog i sekundarnog zakonodavstva uskladi svoje stavove kako bi obezbedio njihovu jednoobraznu primenu. Otuda se obaveza usklađenog tumačenja odnosi na nacionalne organe u državama članicama koji su zaduženi da primenjuju komunitarno pravo. Reč je o tumačenju nacionalnih implementirajućih propisa. Međutim, ako države članice nisu uopšte imlementirale komunitarno uputstvo, ili to nisu učinile na pravi način, nacionalni sudski i upravni organi su dužni da u postupku njihove primene odrede i njihovo pravo značenje, tj. da ih protumače.

⁶ Predmet 283/81, *CILFITS* v Ministry of Health, [1982] ECR 3415, p. 3340, t. 20.

⁷ Komunitarna uputstva su sekundarni izvori prava EU koji obavezuju države članice da ih unesu (implementiraju) u unutrašnja nacionalna prava u roku koji je u njima predviđen. Nakon isteka roka za implementaciju, uputstva "stupaju na snagu," neposredno se primenjuju i priznato im je direktno vertikalno dejstvo. Više vid u R. Vukadinović, O horizontalnom dejstvu uputstava u komunitarnom pravu, *Pravni život*, vol. 46(1997), br. 12, str. 623-642.

Otuda je Sud pravde u početnom periodu od nacionalnih sudova zahtevao da na usklađeni način tumače samo komunitarne propise, a tek kasnije ih je obavezao da isti metod koriste i za tumačenje svih nacionalnih (unutrašnjih) propisa. U prvom slučaju neimplementirana komunitarna uputstva je trebalo tumačiti u skladu sa svrhom donošenja, odnosno ciljem koji je u njima bio postavljen. I u drugom slučaju je, prilikom tumačenja nacionalnih propisa, njihovo pravo značenje trebalo tražiti u okviru cilja koji je trebalo ostvariti primenom komunitarnog propisa, ali i u razlozima donošenja nacionalnog propisa. U generalnom smislu, države članice donose implementirajuće propise da bi uskladile (harmonizovale) nacionalno pravo sa komunitarnim tekovinama kako bi se njihovom primenom ostvarili i nacionalni i komunitarni ciljevi. Otuda usklađeno tumačenje treba smatrati kao vrstu ili tehniku ciljnog tumačenja. Međutim, u slučaju tumačenja nejasnih implementirajućih propisa pravi cilj bi trebalo odrediti prema formulaciji u komunitarnom propisu pa je zadatak tumača da nađe onaj smisao odnosne norme ili nacionalnog propisa čijom primenom se može ostvariti cilj koji je imao komunitarni "zakonodavac" bez obzira na to šta je stvarno uradio nacionalni zakonodavac. S obzirom da se primenom ovog metoda može otići i izvan granica onoga što se tradicionalno podrazumeva pod tehnikom tumačenja pravnih normi (*pretor legem*), kao što je to ne retko činio Sud pravde u dosadašnjoj praksi u slučajevima kada je ne samo tražio pravo značenje odnosne norme, nego je i stvarao novo pravo na osnovu politike,⁸ pojedini autori su predlagali da se umesto tumačenja koristi pravi izraz "konstrukcija" u smislu stvaranja novog značenja.⁹

⁸ Vid. Brown and Jacobs, *The Court of Justice of the European Communities*, London 1989, pp. 286-292.

⁹ Lewis and Moore, Duties, Directives and Dangers in European Community Law, *PL*, 1993, 151, p. 155; S. Drake, Twenty Years After von Colson: the Impact of "Indirect effect" on the Protection of the Individual's Community Rights, [2005] *E.L.Rev.* 329-348; P. Craig, Directives: Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation [1997] *E. L. Rev.* 519-538, G. Betlem, The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty, [2002] *O. J. Leg. Stud.* 397-418; J. Oeberg, *The Doctrine of Horizontal Direct Effect in EC Law and the Case of Angonese*, Master thesis, Stockholm University, 2007, posebno str. 44-55, dostupno na <http://www.lindgren-packendorff.com/Jacob-Oeberg-masterthesis.pdf>, S. Prechal, *Directives in EC Law*, 2nd edn (Oxford University Press, 2005); K. Lenaerts and T. Corthaut, Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law, (2006) 31 *E.L. Rev.* 287, P. Craig, The legal effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1433782>,

Nacionalni propisi su najčešće tumačeni na ovaj način¹⁰ u slučajevima kada je uputstvo komunitarnog prava uvedeno u nacionalni pravni sistema na neadekvatan način - neadekvatnim implementirajućim nacionalnim propisima. U takvim situacijama unutrašnje propise je trebalo tumačiti što je moguće više u svetlu formulacije i svrhe relevantnog uputstva¹¹ i relevantnih odluka Suda pravde. Osim toga, ista pravila tumačenja su se primenjivala kod određivanja pravog smisla i onih nacionalnih propisa koji su doneti **pre** usvajanja komunitarnih uputstava, ako je i kad je to bilo moguće.

Ograničenja i izuzeci od primene. Kod onih nacionalnih propisa čije su norme i odredbe bile jasno formulisane tako da u jezičkom smislu nisu ostavljale bilo kakvu dilemu u pogledu njihovog značenja nije bilo mesta primeni ovog metoda (*in claris non fit interpretatio*) jer bi to bilo (*contra legem*)¹². U slučaju da se takvo nedvosmisleno i jasno značenje nacionalnih propisa, koji su doneti pre nego što su usvojena uputstva, ili pre donošenja nacionalnih implementirajućih propisa, razlikovalo od onog koje mu je trebalo dati uputstvima, primenom takvih propisi nije bilo moguće ostvariti cilj postavljen u uputstvu, kolizija nije mogla biti "ispeglana"¹³ tumačenjem, već nekim drugim radikalnijim sredstvima. U takvim situacijama nacionalni sudovi su bili obavezani da u skladu sa principima direktnog dejstva i superiornosti komunitarnog prava, ili "ostave takve propise po strani,"¹⁴ ili da ih ukinu. Iz ovih

¹⁰ A. C. Geddes, *Protection of Individual Rights under EC Law*, London - Boston, 1995, p. 116. Drugi autori, međutim, ovakvo tumačenje označavaju kao jednoobrazno (uniform interpretation), Vid. C. Lewis, op. cit., p. 42. U teoriji se koriste i brojni drugi izrazi kao što su na primer: "indirektno dejstvo", "konkurentno, lojalno, harmonično, benevolentno, pomirljivo, konzistentno tumačenje", ili "interpretativna obaveza", "načelo tumačenja prema svrsi", "Von Colson načelo", "invocabilité d'interprétation". V. S. Prechal, *op. cit.*, p. 200.

¹¹ Von Colson and Kamann, tač. 26; Marleasing, tač. 8, and Faccini Dori, tač. 26; Case C-63/97 BMW [1999] ECR I-905, tač. 22; združeni predmeti C-240/98 to C-244/98 Océano Grupo Editorial and Salvat Editores [2000] ECR I-4941, tač. 30; and Case C-408/01 Adidas-Salomon and Adidas Benelux [2003] ECR I-0000, tač. 21.

¹² Vid. predmete C-334/92 *Wagner-Miret v. Fondo de Garantía Salarial* [1993] ECR I-6911; i C-365/98 Brinkmann [2000] ECR I-4619

¹³ R. Vukadinović, *Stvaranje i ostvarivanje komunitarnih prava u Evropskoj uniji*, Beograd, 1998. str. 118.

¹⁴ Vid. stav Suda u predmetu 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal*, [1979] ECR 629, str. 664-65.

razloga se u teoriji smatra da se načela direktne primene, superiornosti i usklađenog tučenja ili indirektnog dejstva moraju posmatrati zajedno i da čine jedinstvenu funkcionalnu celinu.¹⁵

Primeni usklađenog tumačenja nema mesta ni u slučajevima kada bi se ovakvim tumačenjem nametala ili pooštavala krivična odgovornost pojedinaca,¹⁶ kao i u slučajevima kada rok za implementaciju uputstava nije istekao.¹⁷

Obaveza usklađenog tumačenja nije novi i nepoznati institut koji je karakterističan samo kod utvrđivanja pravog smisla nacionalnih propisa u skladu sa komunitarnim pravom. I pre nego što je nastalo komunitarno pravo, nacionalni sudovi pojedinih država članica su bili dužni da unutrašnje propise tumače što je moguće više usklađeno sa ustavnim rešenjima, ili su bili obavezni da pravi smisao pravnih normi određenih nacionalnih propisa utvrđuju u skladu sa odredbama međunarodnog prava sa ciljem da se pomire konfliktna rešenja.¹⁸ Obavezu usklađenog tumačenja su na posredan način, kao obavezu da "uzmu u obzir komunitarno pravo," preuzele i pridružene države, tj. njihovi sudovi na osnovu sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju

Na potrebu usklađenog tumačenja nacionalnih implementirajućih propisa u državama članicama sa komunitarnim pravom, Sud pravde se prvi put izjasnio u slučajevima *Von Colson*¹⁹ i *Harz*.²⁰

U prvom slučaju u pitanju je bila tužba Sabine von Colson i Elisabeth Kamann protiv jedne od saveznih država Nemačke -Severne Vestfalije (Land

¹⁵ S. Prechal, u knjizi: Bernard, G. Betlem, *The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty*, Oxford J Legal Studies (Autumn) 22 (3): 397-418.

¹⁶ Vid. predmet 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen* [1987] ECR 3969

¹⁷ C-212/04 *Konstantinos Adeneler and others v. Ellinikos Organismos Galaktos* (ELOG) [2006] ECR I-6057.

¹⁸ Vid. na primer čl. 31. Bečke konvencije o pravu ugovora (The Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969), ili čl. 7. Bečke konvencije o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980).

¹⁹ Predmet 14/83, *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*, [1984] ECR 1891.

²⁰ Predmet 79/83, *Harz v Deutsche Tradex*, [1984] ECR 1921.

Nordhein Westphalen), zbog toga što su njihove molbe da se zaposle kao socijalne radnice u jednom muškom zatvoru bile odbijene. Odbijanje je bilo obrazloženo karakterom zatvora, u kome su bili smešteni samo muškarci i željom da se na taj način izbegnu eventualne neprijatnosti. Umesto njih primljeni su muškarci sa manjim stepenom školske spreme. U postupku koji je pokrenut pred odgovarajućim nacionalnim sudom za radne sporove (*Arbeitsgericht Hamm*) nacionalni sud je ustanovio postojanje diskriminacije i zauzeo stav da prema nemačkom pravu, u skladu sa odredbama paragrafa 611a(2) Nemačkog građanskog zakonika, oštećene u ovakvom slučaju imaju pravo jedino na naknadu tzv. nominalne štete. Reč je o šteti nastaloj kao rezultatu verovanja oštećenih da neće biti diskriminirane (*Vertrauensschaden*). To je za tužilju Von Colson praktično značilo pravo na nadoknadu putnih troškova u iznosu od 7,20 DEM. Tužilje su, pak, smatrale da pomenutim nacionalnim propisima nije na odgovarajući način implementirano Uputstvo 76/207 o zabrani diskriminacije, odnosno odredbe člana 6. Prema odredbama člana 6. Uputstva, "Države članice su obavezne da u svoje nacionalne pravne sisteme uvedu one mere koje su neophodne kako bi se svim licima koja se smatraju oštećenima zbog propuštanja da se na njih primeni načelo jednakog tretmana obezbedilo ... da ostvare svoje zahteve u sudskim postupcima i nakon dobijanja moguće naknade od drugih kompetentnih vlasti." Takve mere mogu obuhvatiti na primer propise kojima se od poslodavaca zahteva da ponude odbijenim diskriminiranim kandidatima ili posao ili adekvatnu finansijsku naknadu, pod pretnjom kazni ako je to neophodno. Međutim, samim Uputstvom nisu bile propisane konkretne sankcije.

Oslanjajući se na navedenu odredbu tužilje su smatrale da imaju pravo ili na zaposlenje, ili pravo na naknadu stvarne štete. U vezi sa takvim zahtevima nacionalni nemački sud se obratio Sudu pravde sa zahtevom da odgovori na dva pitanja:

- 1) da li se pomenutim Uputstvom 76/207 nalaže državama članicama da predvide posebne sankcije ili druge pravne posledice u slučajevima diskriminacije između polova prilikom zapošljavanja, i
- 2) da li odredbe Uputstva 76/207 mogu proizvoditi direktno dejstvo.

U odluci po prethodnom pitanju Sud pravde je ponovio da Uputstvo ne nameće obavezu poslodavcima da zaključe ugovore o radu sa onim kandidatima čije su molbe za zaposlenje bile prethodno odbijene. S druge strane, Sud je smatrao da je Uputstvom dato ovlašćenje, bez obzira što potpuno implementiranje Uputstva ne zahteva neki poseban oblik sankcije

zbog nezakonite diskriminacije, da se predvidi takva sankcija koja "garantuje realnu i efikasnu sudsku zaštitu. Takva sankcija mora imati realno odvratajuće (zastrašujuće) dejstvo na poslodavca. Stoga, ako se država članica odluči da sankcioniše povredu zabrane diskriminacije odobravanjem naknade, takva naknada mora u svakom slučaju biti adekvatna u odnosu na pretrpljenu štetu."²¹ Sud pravde je isti stav ponovio i u slučaju *Marshall 2*, dajući pravo tužilji da zahteva finansijsku naknadu "adekvatnu da pojedincu kompenzira stvarno pretrpljeni gubitak i štetu." To je za nacionalni engleski sud praktično značilo da ne sme primeniti unutrašnje propise kojima je šteta bila maksimirana, kao i obavezu da dosudi i plaćanje pripadajuće kamate.²² Nacionalni sud je to mogao ispoštovati jedino vrlo širokim tumačenjem postojećih nacionalnih propisa u skladu sa pomenutim komunitarnim uputstvima. S druge strane, tužilji je dato i pravo da zahteva, pozivajući se na odredbe Uputstva kojima je Sud pravde priznao direktno dejstvo, da budu ukinute odredbe domaćeg zakona o maksimiranju iznosa naknade štete.

Što se tiče kontroverzi nastalih iz podele na javna i privatna tela i iz toga izvedene razlike između vertikalnog i horizontalnog dejstva komunitarnih propisa, Sud je predložio da se "ignoriše pitanje vertikalnog, ali ne i horizontalnog dejstva Uputstva."²³ Iako ni ovom prilikom uputstvima nije priznao horizontalno dejstvo, Sud je u svojoj odluci naveo da su nacionalni sudovi obavezni da, u cilju ostvarivanja rezultata koji su predviđeni u Uputstvu i u skladu sa obavezama koje su države članice preuzele članom 5. Ugovora o osnivanju, prilikom primene nacionalnog prava, posebno onih odredbi kojima se implementira Uputstvo 76/207, "tumače svoja nacionalne propise **u svetlu formulacija i svrhe uputstva** kako bi se ostvario rezultat na koji se upućuje u trećem stavu člana 189."²⁴ (istakao R. V). Prilikom upućivanja na odredbe (ondašnjeg) člana 5. Ugovora o osnivanju, Sud pravde je imao u vidu da su i nacionalni sudovi kao državni organi dužni da preduzmu "odgovarajuće mere", pod kojima se podrazumeva i obaveza na usklađeno

²¹ Von Colson., navod broj 23.

²² Predmet C-271/91, *Marshall 2*, [1993] ECR I-4367, navodi br. 30, 31; [1993] 4 All E. R. 586.

²³ J. Tillotson, *op. cit.*, p. 184.

²⁴ Von Colson., navod br. 26.

tumačenje. Načelo tumačenja nacionalnih propisa u skladu sa komunitarnim pravom nacionalni sudovi su dužni da primenjuju u svim sporovima, bez obzira da li je u pitanju spor u kome je tužena država (vertikalno dejstvo) ili privatna stranka (**horizontalno dejstvo**).²⁵ Međutim, ono je od posebnog značaja u slučajevima kad su komunitarnim uputstvima koja nisu implementirana dodeljena prava pojedincima čije ostvarivanje zavisi od drugih pojedinaca. Pošto komunitarnim uputstvima nije priznato horizontalno dejstvo, pojedincima jedino ostaje mogućnost da ubede nacionalne sudove da nacionalne propise tumače na usklađeni način i da primenom nacionalnih propisa ostvare svoja komunitarna subjektivna prava protiv drugih pojedinaca ne pozivajući se na direktno dejstvo, već na **indirektno dejstvo**.

3. Predmet usklađenog tumačenja

U pogledu predmeta, za usklađeno tumačenje su podobni ne samo tzv. implementirajući propisi, tj. nacionalni propisi doneti sa ciljem da uvedu komunitarna uputstva u nacionalne pravne sisteme, već propisi koji su doneti pre komunitarnih. U oba slučaja nacionalni propisi se moraju tumačiti u skladu sa odgovarajućim komunitarnim odredbama, bez obzira da li je takvim odredbama priznato ili nije priznato direktno dejstvo. Međutim, u slučaju tumačenja nacionalnih propisa koji su usvojeni pre nego što su usvojena komunitarna uputstva ili pre nego što je istekao period za njihovo sprovođenje, odnosno pre njihovog "stupanja na snagu" opravdano se može postaviti pitanje kompatibilnosti usklađenog tumačenja sa **načelom pravne sigurnosti** i **načelom zabrane retroaktivnog dejstva**. Otuda je Sud pravde već u slučaju **Kolpinghaus Nijmegen**²⁶ obavezu nacionalnih sudova na usklađeno tumačenje stavio u granice ova dva načela izjašnjavajući se da je "obaveza nacionalnih sudova da se oslone na sadržinu uputstva prilikom tumačenja relevantnih odredbi nacionalnog prava ograničena opštim pravnim principima koji čine deo komunitarnog prava, a posebno načelom pravne sigurnosti i zabrane retroaktivnosti."²⁷ Sadržina ovih načela se, međutim određuje prema komunitarnom pravu.

²⁵ J. Tillotson, *op. cit.*, p. 184.

²⁶ Slučaj 80/86, *Officier van Justitie v Kolpinghaus Nijmegen* [1987] ECR 3969.

²⁷ *Ibid*, tač. 13.

U predmetu **Kolpinghaus**, u pitanju je bio krivični postupak pokrenut protiv vlasnika kafića zbog skladištenja i prodaje mineralne vode koja je ustvari bila obična penušava voda (soda voda). U postupku pred Sudom, holandske vlasti su se pozvale na definiciju štetnih posledica koje mogu nastati zbog korišćenja i nepravilnog čuvanja vode nepoznatog sastava. Tužilac se pozvao na Uputstvo Saveta broj 80/770, o usklađivanju propisa država članica kojima je regulisana eksploatacija i obeležavanje prirodne mineralne vode. Kako Uputstvo nije bilo implementirano u Holandiji, kao prethodno se postavilo pitanje da li postoji obaveza tumačenja (tj. usklađivanja) nacionalnih propisa sa komunitarnim uputstvima pre njihovog "stupanja na snagu", ili bez obzira da li su implementirana u unutrašnje pravo. U odluci Sud pravde se, u pogledu značaja koje priznanje direktnog dejstva uputstava ima na obavezu usklađenog tumačenja, pozvao na svoju praksu u slučajevima **Becker, Marshall, Von Colson** i **Pretore di Salo**.²⁸ U skladu sa tim, Sud je ponovio ranije iznete stavove da se nacionalni propisi moraju tumačiti u skladu sa komunitarnim jer "uputstvo ne može samo po sebi i nezavisno od nacionalnih propisa donetih u državama članicama u cilju njegove implementacije/imati dejstvo određivanja ili pooštavanja krivične odgovornosti lica koja krše odredbe tog uputstva."²⁹ Drugačije rečeno, obaveza nacionalnih sudova na usklađeno tumačenje unutrašnjih propisa postoji samo nakon što je istekao period za njihovo stupanje na snagu koji je određen u svakom uputstvu, jer tek od tog momenta može biti reči o direktnom dejstvu pojedinih odredbi ako su ispunjeni predviđeni uslovi.³⁰ Sud je, takođe, propisao i da se sadržina pomenutih načela pravne sigurnosti i zabrane retroaktivnog dejstva određuje u skladu **sa komunitarnim pravom**. Takvom odlukom Sud je izmenio ranije postavljene granice u kojima se moralo kretati usklađeno tumačenje. Naime, u svojoj odluci u slučaju **Von Colson**, Sud je bio zauzeo stav da obaveza nacionalnih sudova na usklađeno tumačenje nacionalnih propisa postoji samo u granicama u kojima je i kad je

²⁸ Predmet 14/86 **Pretore di Salo** [1987] ECR 2545.

²⁹ *Ibid.*, navodi br. 13 i 14.

³⁰ Iako je i C. Lewis, *op. cit.*, p. 43, n. 29, na isti način razumeo stav Suda iznet u navodu broj 15, on ipak izražava rezervu i smatra da Sud još nije zauzeo konačan i jasan stav po ovom pitanju. Što se tiče engleskih sudova, Dom Lordova je u pomenutom slučaju **Duke** odbio da na ovaj način tumači propise donete pre nego što je uputstvo implementirano, tj. da na ovaj način nametne obaveze pojedincima (kompaniji).

usklađeno tumačenje dozvoljeno domaćim propisima. Ovo ograničenje je izvedeno iz formulacije Suda da su nacionalni sudovi obavezni na usklađeno tumačenje "ukoliko im je data diskrecija...prema nacionalnom pravu."³¹ U pravnoj teoriji i praksi nacionalnih sudova država članica ovo ograničenje je tumačeno na različite načine. Pozivajući se na navedenu formulaciju nacionalni sudovi (posebno niži) su često odbijali da na ovaj način utvrđuju pravi smisao unutrašnjih propisa.

Zbog razlika koje su postojale ne samo u praksi nacionalnih sudova, već i u pravnoj teoriji, Sud pravde se vratio na ovo pitanje i u slučaju *Marleasing*.³² U ovom slučaju tužilac Marleasing je pokrenuo postupak pred nadležnim španskim sudom za poništaj osnivačkog ugovora o osnivanju tužene kompanije. Tužilac je svoj zahtev bazirao na odgovarajućim odredbama Španskog građanskog zakonika (članovi 1261. i 1275), dok su se tuženi pozvali na odredbe člana 11. Prvog uputstva o kompanijama (Uputstvo broj 68/151). Prvim uputstvom su taksativno nabrojani razlozi za poništaj akta o osnivanju, među kojima nije bilo onoga na koji se tužilac pozivao ("nedostatak kauze"). Kako pomenuto Uputstvo nije bilo implementirano u Španiji, španski sud je od Suda pravde tražio da odgovori da li odredbe člana 11. imaju direktno dejstvo, odnosno da li se pozivanjem samo na one razloge koji su u njima navedeni može sprečiti poništaj akta o osnivanja ili se poništaj može zahtevati i iz drugih razloga. Drugačije rečeno, da li obaveza usklađenog tumačenja nacionalnih propisa postoji samo u pogledu komunitarnih izvora kojima je priznato direktno dejstvo, ili i u pogledu svih izvora nakon njihovog stupanja na snagu. U svojoj odluci Sud je ponovo skrenuo pažnju na stav iznet u slučaju *Marshall*, prema kome se uputstvima ne može priznati horizontalno direktno dejstvo pa se pojedinci na njih ne mogu pozivati u postupcima protiv pojedinaca, pod kojima je podrazumevao i španska akcionarska društva. Ostajući dosledan takvom stavu, Sud je postavljeno pitanje preformulisao i svoj odgovor dao u kontekstu obaveze tumačenja nacionalnog prava u skladu sa odredbama uputstva na način kako

³¹ Stav 28. odluke. S. Prechal, *op.cit.*, p. 217, n. 80. smatra da je ovaj zahtev više izražen u nemačkoj verziji: "unter voller Ausschopfung des Beurteilungsspielraums den ihm das national Recht einräumt."

³² Predmet C-106/89, *Mieasing SAA v La Comercial Intemational de Alimentacion SA*, [1990] ECR1-4135.

je to odredio u slučaju **Von Colson**. U obrazloženju odluke, Sud navodi da je cilj Uputstva 68/151 bio da se u svim državama članicama donesu odgovarajuće mere (propisi) kojima bi se obezbedila usklađena (koordinirana) zaštita članova kompanije i trećih lica. Polazeći od takvog cilja, Sud pravde je obavezao španski sud da "ukoliko je to moguće tumači svoje nacionalne propise u komunitarnom svetlu, bez obzira da li su doneti pre ili posle uputstva." To je praktično značilo da se i odredbe Španskog građanskog zakonika, koji je donet pre usvajanja konkretnog Uputstva, moraju tumačiti u svetlu Uputstva, bez obzira što ono nije bilo implementirano u Španiji. U skladu sa takvim stavom izvedena je i opšta obaveza nacionalnih sudova da na usklađeni način tumače ne samo nacionalne implementirajuće propise, tj. propise koji su doneti nakon usvajanja komunitarnih uputstava, bez obzira da li je rok za njihovo stupanje na snagu istekao ili nije. Ako pak, u konkretnoj državi nisu doneti implementirajući propisi, onda se na usklađeni način moraju tumačiti ostali propisi koji se odnose na materiju obuhvaćenu komunitarnim uputstvom.

U vremenskom pogledu, ova obaveza postoji od momenta usvajanja komunitarnog uputstva, a ne samo od momenta kad je predviđeno da komunitarno uputstvo stupa na snagu, tj. proteže se i na propise koji su postojali u intervalu od usvajanja komunitarnih uputstava do dana njihovog stupanja na snagu. U ovom poslednjem slučaju se pretpostavlja da su zainteresovane strane mogle znati za postojanje komunitarnog uputstva i prema normalnom toku stvari očekivati da će jednoga dana uputstvo stupiti na snagu. Stoga nije u koliziji sa načelom pravne sigurnosti i legitimnih očekivanja tražiti od svih adresata da svoje propise, odnosno ponašanje prilagode takvim uputstvima. Time je komunitarnim uputstvima praktično priznato retroaktivno dejstvo u periodu između donošenja i stupanja na snagu. Jedino kad je reč o propisima iz oblasti krivičnog zakonodavstva, obaveza na usklađeno tumačenje se odnosi samo na zakonodavstvo koje je doneto nakon usvajanja i stupanja na snagu odnosnih uputstva. U konkretnom slučaju Sud je smatrao da se samo na taj način može sprečiti poništaj akta o osnivanju tuženog društva pozivajući se na druge razloge, a ne one koji su navedeni u Uputstvu.

Što se tiče granica u kojima se može kretati sloboda tumačenja, Sud nije ponovio raniji stav iz slučaja **Von Colson** o "diskreciji na osnovu nacionalnog prava", već je to zamenio sintagmom "ukoliko je to moguće".

4. Shvatanja u pravnoj teoriji

U teoriji je ovakav stav Suda tumačen na različite načine. Prema radikalnijem shvatanju,³³ Sud je ovom odlukom praktično oduzeo sva diskreciona ovlašćenja nacionalnim sudovima i obavezao ih na vrlo jasan i precizan način da pravo značenje spornih normi određuju isključivo na propisani komunitarni način. Sama sintagma "ukoliko je to moguće" je shvaćena kao upućivanje na prirodu sudske funkcije, a ne na metod tumačenja u skladu sa nacionalnim pravom. O granicama tumačenja u krajnjoj liniji odlučuje Sud pravde u skladu sa komunitarnim pravom, a ne nacionalni ustavni sudovi prema pravilima unutrašnjeg ustavnog prava.

Drugi,³⁴ manje radikalni, ovu odluku Suda pravde ne tumače kao apsolutnu obavezu nacionalnih sudova na usklađeno tumačenje svih unutrašnjih propisa, upravo pozivajući se na značenje upotrebene sintagme "ukoliko je to moguće." Mogućnost, a ne apsolutna obaveza usklađenog tumačenja određena je "fleksibilnošću" odredbe koja je predmet tumačenja i ima svoje granice u opštima načelima prava, pre svega u načelu pravne sigurnosti i zabrane retroaktivnosti na koje je i Sud pravde ukazao u svojoj odluci u slučaju *Kolpinghuis*.

Postavljanjem obaveze tumačenja u granice ovih načela praktično je otklonjena i dilema koliko daleko se može ići u tumačenju nacionalnog prava. Iako je u slučaju *Marshall 2*, Sud obavezao nacionalne sudove da svoja ovlašćenja koriste "do krajnjih mogućnosti kako bi obezbedili da uputstvo bude korektno uneto u nacionalno pravo," načelo pravne sigurnosti podrazumeva da to može ići samo *pretor legem*, ali ne i *contra legem*.³⁵ Pod tumačenje *contra legem* se u ovom kontekstu podrazumeva davanje odredbama nacionalnih propisa takvog značenja koje jasno odstupa od

³³ D. Curtin, The Decentralized Enforcement of Community Law Rights, Judicial Snakes and Ladders, in: *Constitutional Adjudication in European Community and National Law*: (ed.Curtin and Okeeffe), London – Dublin 1992, p. 40; F. Snyder, The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Process, Tools and Techniques, *MLR* 1993, 19, p. 43.

³⁴ S. Prechal, *op. cit.*, p. 221.

³⁵ V. G. Betlem, *op. cit.*, p. 8-19; S. Weatherill, *Law and Integration in the European Union*, Oxford 1995, p. 126.

početnog i doslovnog značenja.³⁶ Međutim, u pravnoj teoriji se ističe da nije reč o apsolutnoj zabrani tumačenja *contra legem*. U izuzetnim slučajevima nacionalni sudovi mogu u konkretnim okolnostima naći opravdanje da u traženju pravog, tj. odgovarajućeg značenja, odu i *contra legem*.³⁷ Ipak, upravo iz razloga pravne sigurnosti i legitimnih očekivanja bolje je u takvim situacijama insistirati na zahtevu da nacionalni zakonodavne vlasti donesu nove usklađene propise, nego po svaku cenu tumačiti postojeće u skladu sa komunitarnim. Ako, pak, konkretna država ne donese nove ili ne izmeni postojeće propise, pojedincima i u takvim situacijama stoji na raspolaganju tužba protiv odnosne države članice za naknadu štete koja je nastala zbog postojanja i primene neusklađenih nacionalnih propisa.

Što se tiče razloga zbog kojih ni u ovom slučaju komunitarnom uputstvu nije priznao horizontalno dejstvo, Sud je praktično ponovio svoj stav zauzet još u slučajevima *Von Colson* i *Harz*.³⁸ Međutim, time nije uskratio zaštitu subjektivnih komunitarnih prava koja pojedinci imaju prema drugim pojedincima. Široko postavljenom obavezom usklađenog tumačenja nacionalnih propisa, Sud je dao šansu pojedincima da i u takvim slučajevima pokušaju da ubede nacionalne sudove da sporne nacionalne propise protumače u skladu sa komunitarnim uputstvima i da na taj način praktično ostvare isti rezultat kao i kad bi se uputstvima priznalo direktno horizontalno dejstvo. Međutim, iako se i na ovaj način praktično može ostvariti isti cilj kao i priznavanjem direktnog horizontalnog dejstva, između ova dva metoda ili načela, postoje značajne pravopolitičke razlike.

4. Odnos usklađenog tumačenja prema direktnom horizontalnom dejstvu

Uvođenjem obaveze usklađenog tumačenja nacionalnih propisa, Sud ističe značaj nacionalnih propisa (kao izvora komunitarnih prava) jer ih nacionalni sudovi primenjuju kao nacionalne propise, bez obzira što će se tumačiti u

³⁶ Takvo tumačenje T. C. Hartley, *The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union*, **112 LQR** 1996, p. 95, označava kao "sudsku legislativu." Za kritiku vid. A. Arnall, *The European Court and Judicial Objectivity: A Reply to Professor Hartley*, **112 LQR** 1996, p. 411-423.

³⁷ S. Prechal, *op. cit.*, p. 228; C. Lewis, *op. cit.*, p. 43, fn. 25, navodi u tom pogledu odluku engleskog suda u slučaju *Litster v Forth Dry Dock*, [1990] 1 A.C. 546.

³⁸ Predmet 79/83, *Harz v Deutsche Tradex*, [1984] ECR 1921.

skladu sa komunitarnim pravom. Ako bi se, pak, uputstvima priznalo direktno horizontalno dejstvo otvorio bi se put ka njihovom priznavanju kao izvora komunitarnih prava u državama članicama u izvornom, a ne u transponovanom obliku, tj. u obliku implementirajućih nacionalnih propisa. S obzirom da je najveći broj pitanja regulisan brojnim uputstvima, to bi dugoročno posmatrano moglo imati za posledicu potiskivanje odgovarajućih nacionalnih propisa i dovođenje u pitanje nacionalnog pravnog suvereniteta i identiteta. Tako bi umesto harmonizovanih nacionalnih propisa samostalno egzistirala komunitarna uputstva kao nadnacionalni propisi u istim rangu kao i komunitarne uredbe.

U toj funkciji posmatrano, usklađeno tumačenje *ne zamenjuju*, već samo menja nacionalne propise. Obim i stepen promena zavisi od stanja u kome se nalazi nacionalno zakonodavstvo konkretne države članice, ali i od shvatanja granica u kojima postoji obaveza na usklađeno tumačenje. Na osnovu postojeće sudske prakse može se zaključiti da za usklađeno tumačenje u obzir dolaze samo nejasno formulisane odredbe. U suprotnom, tumačenje jasnih i nedvosmislenih odredbi nacionalnog zakonodavstva bi predstavljalo svojevrsnu "torturu" nad jezikom koji je upotrebljen u formulaciji konkretne odredbe, odnosno svojevrsno nasilje nad pravom (unutrašnjim, pre svega). Isto tako, nema mesta usklađenom tumačenju ni u slučajevima kada postoje uslovi za direktno dejstvo uputstava. U tim slučajevima pojedinci se mogu direktno pozvati i direktno primeniti odredbe uputstava, pa nema potrebe za bilo kakvom primenom ili tumačenjem nacionalnih propisa. Ako su, pak, ista pitanja rešena na drugačiji način unutrašnjim nacionalnim propisima, takve unutrašnje propise treba u skladu sa načelom superiornosti ignorisati ili ukinuti. U sudskoj praksi, međutim, nije u tom pogledu zauzet jedinstven stav u svim državama članicama.³⁹

Iz slučaja *Von Colson*, može se zaključiti da su nemački sudovi ovlašćeni da pojedinačne odredbe konkretnih nacionalnih propisa koje su u koliziji sa uputstvima, zamene opštim nacionalnim *načelima* koja nisu u koliziji sa napred pomenutim. U engleskoj sudskoj praksi do slučaja *Marleasing* nije bio

³⁹ Za stanje u sudskoj praksi u Italiji, Nemačkoj, Holandiji i Engleskoj, vid. C. Backes and M. Eliantonio, The influence of the ECJ's case law on indirect effect in the Italian, German, Dutch and English administrative legal systems and its application by the national administrative courts, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1427255>

zauzet jasan stav u pogledu obaveze usklađenog tumačenja i onih nacionalnih propisa koji su doneti pre konkretnog uputstva. Sud pravde je, na zahtev Doma Lordova, tek u pomenutom slučaju, što je kasnije ponovio i u slučaju **Webb**,⁴⁰ ovu obavezu na nedvosmislen način proširio ne samo na nacionalne propise kojima je nameravano da se implementiraju uputstva, već i na sve one mere koje su prethodile uputstvima a odnose se na pitanja regulisana njima.⁴¹

Načelo usklađenog tumačenja se na isti način primenjuje i kod utvrđivanja pravog smisla odredbi sekundarnog zakonodavstva. Oni se tumače u skladu sa Ugovorom o osnivanju i opštim načelima komunitarnog prava.⁴²

II ODLUČIVANJE O PRETHODNOM PITANJU

Bez obzira što je, prema shvatanju Suda pravde, osnovna svrha postupka odlučivanja po prethodnim pitanjima (preliminarno odlučivanje, **preliminary ruling**) jednoobrazno tumačenje i primena komunitarnog prava sa ciljem da se "očuva komunitarni karakter prava koje je ustanovljeno Ugovorom"⁴³ ovaj postupak se može posmatrati i u funkciji ocene usaglašenosti nacionalnog prava sa komunitarnim, odnosno kao sredstvo za zaštitu subjektivnih prava koja su pojedincima dodeljena komunitarnim propisima. Doduše, samo upućivanje određenog pitanja Sudu pravde na odlučivanje od strane nacionalnog suda ne predstavlja samo po sebi posebno pravno sredstvo, već neophodni "korak u postupku koji vodi konačnom odlučivanju u slučaju koji je pokrenut pred nacionalnom sudom."⁴⁴

Pitanje kompatibilnosti nacionalnog sa komunitarnim pravom se može postaviti ili direktno u postupku protiv država članica, u skladu sa odredbama člana 169. i 170. Ugovora o osnivanju, ili na indirektan način, kao pitanje tumačenja komunitarnog prava u postupku odlučivanja po

⁴⁰ **Webb v EMO Air Cargo** (U.K.) Ltd., [1992] All E. R. 936.

⁴¹ A. C. Geddes, *op. cit.*, p. 117.

⁴² S. Prechal, *op. cit.*, p. 202-203, u ovom smislu navodi slučajeve 201/85, **Klensh** [1986] ECR 3477, st. 21. i slučajeve C-90 i 91/90, **Neu** [1991] ECR I - 3617, st. 12.

⁴³ Predmet 166/73 **Rieinmuhlen – Dusseldorf v Einfuhr und Vorratsstelle fur Getreide und Futternittel**, [1974] ECR 33, tač. 2. presude.

⁴⁴ C. Lewis, *op. cit.*, p. 223.

prethodnim pitanjima, u skladu sa ranijim odredbama člana 177. Ugovora o osnivanju.⁴⁵ U prvom slučaju, Sud pravde je nadležan da u postupku po tužbama Komisije i država članica neposredno tumači i ocenjuje usklađenost nacionalnih propisa sa komunitarnim pravom i da u tom smislu svojom presudom osporeni propis proglasi usklađenim ili neusklađenim.

U drugom slučaju nacionalni sudovi mogu odluku o usklađenosti unutrašnjih propisa sa komunitarnim pravom doneti na osnovu sopstvene ocene ili, što je češće, na osnovu odluke Suda pravde donete u postupku preliminarne odlučivanja.

Sud pravde je u slučaju *CILFIT*⁴⁶ pružio vodič nacionalnim sudovima kad mogu komunitarni propis smatrati dovoljno jasnim tako da mogu sami, bez tumačenja Suda pravde, doneti odluku o usaglašenosti nacionalnih propisa sa takvim komunitarnim aktom. Takvi dovoljno jasni propisi ne zahtevaju tumačenje, već samo primenu. U principu, samo u slučajevima kad postoji jasna i očigledna neusaglašenost između nacionalnih propisa i konkretnog komunitarnog akta, nacionalni sud će odbiti da primeni konfliktne nacionalne propise. U ostalim slučajevima nacionalni sud će takvu odluku doneti tek nakon što od Suda pravde dobije odluku o tumačenju ili o valjanosti komunitarnih propisa.

U postupku preliminarne odlučivanja Sud pravde ne tumači nacionalne propise, već samo komunitarne. On, takođe, nema ovlašćenja ni da nacionalnim sudovima daje savete kako da primene komunitarno pravo, niti da se meša u način rešavanja konkretnog spora pred nacionalnim sudom.⁴⁷ Međutim, on to, ipak, **postiže na indirektan način**. Svojom presudom donetom u vezi spornog prethodnog pitanja Sud pravde utvrđuje pravo značenje i sadržinu konkretne odredbe komunitarnog, a ne nacionalnog propisa. Međutim, takva presuda obavezuje nacionalni sud da u skladu sa datim tumačenjem (sadržinom) odredi i značenje nacionalnog propisa u vezi čije primene je i pokrenut postupak pred njim. Sud pravde može svoju odluku, kao u slučaju *Sunday*, tako formulisati da na nedvosmislen i definitivan način

⁴⁵ *Article 177 EEC: Experiences and Problems*, (ed. H. G. Schermers et alia), Asser Institute Colloquium on European Law Session XV 1985, Amsterdam - New York 1987, p. 40.

⁴⁶ Predmet 283/81, *CILFIT v Ministry of Health* [1982] ECR 3415, tač. 16-20.

⁴⁷ J. Steiner, *EEC Law*, London 1992, p. 288.

ukaže domaćem sudu da li su konkretna odredba ili propis kompatibilni sa komunitarnim pravom.

Sud pravde je nadležan da na osnovu sporazuma zainteresovanih strana tumači i međunarodne konvencije, od kojih su dve od posebnog značaja: Briselska konvencija o nadležnosti i izvršenju stranih odluka u građanskoj i trgovačkoj materiji, od 1968. godine, i Rimska konvencija o merodavnom pravu za ugovorne obaveze, od 1980. godine.

Na osnovu takve odluke Suda pravde, nacionalni sudovi su dužni da usklađenim tumačenjem nacionalnim propisima nađu ono značenje koje je u skladu sa sadržinom komunitarnog propisa određenog u datom tumačenju. Ako to nije moguće, nacionalni sudovi su dužni da deklaratornom presudom konstatuju neusklađenost osporenog nacionalnog propisa, odnosno osporene odredbe, sa komunitarnim pravom. Pošto se takav nacionalni propis ne može dalje primenjivati, ovaj postupak služi zapravo kao sredstvo za zaštitu interesa pojedinaca.

U pravnoj teoriji su postupci pokrenuti po tužbama Komisije i država članica u skladu sa odredbama člana 169. i 170. Ugovora o osnivanju, i postupak odlučivanja po prethodnim pitanjima iz člana 177. Ugovora o osnivanju tretirani kao "funkcionalno komplementarni."⁴⁸ Oni su komplementarni u tom smislu što se u oba postupka u suštini vrši kontrola rada organa država članica u pogledu načina korišćenja dobijenih ili zadržanih ovlašćenja. Pravo takve kontrole na komunitarnom nivou je rezervisano samo za Komisiju i države članice, kao privilegovane tužioce. Na nacionalnom nivou to na indirektan način čine pojedinci u postupcima pred nacionalnim sudovima.

⁴⁸ C. D. Ehlermann, J. Pipkorn, Proceedings under Article 177 EEC, in: **Article 177 EEC: Experiences and Problems**, (ed. H. G. Schremers et alia), Asser Institute Colloquium on European Law Session XV, 1985, Amsterdam - New York 1987, p. 300.

Radovan D. Vukadinović, PhD*

Indirect ways of protection of subjective community rights

Summary

Individuals whose subjective community rights suffered from community regulations were infringed may, in such cases seek protection directly and indirectly. However, the choice of remedy and procedure for protection is not given to individuals, but depends on the nature of the violation and legal nature of the community provisions (directives) that are assigned to individual rights. The subject of this paper is limited to indirect way of protection that individuals can achieve in the national courts of Member States in two ways: by consistent interpretation and in the process of preliminary rulings. To this end, in the first part of the paper author analyzes the concept, scope and limits consistent interpretation, while in the second part points out the relationship and a functional connection among the consistent interpretation, direct effect and preliminary rulings.

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

Duško Dimitrijević*

UDK: 347.235)

str. 25-35.

HARMONIZACIJA PROPISA O PRODAJI NEPOKRETNOSTI U EVROPSKOJ UNIJI

Apstrakt

Ugovor o osnivanju Evropske zajednice uređuje slobodu kretanja kapitala kao osnovnu slobodu. Cilj je da se uklone sva ograničenja kretanja kapitala, tako da građani EU mogu uživati pogodnosti zajedničkog jedinstvenog tržišta. Sloboda kretanja kapitala u EU obuhvata mnogo više od plaćanja i prenosa novca izvan državnih granica. Ona, naime, obuhvata prenos svojine na imovini i odgovornosti, kao i investiranje u kompanije i nepokretnosti. Sa sukcesivnim pristupanjem novih država članica u Evropsku uniju, pregovara se o tranzicionim periodima i nekim izuzecima za slobodno kretanje kapitala. Ovo se odnosi i na kupovinu nepokretnosti u novim državama članicama koje su se pridružile EU do 2004. godine (Kipar, Estonija, Mađarska, Letonija, Litvanija, Poljska, Češka Republika, Slovačka, Slovenija, Malta, Bugarska i Rumunija), ali i u Danskoj i Finskoj.

Ključne reči: sloboda kretanja kapitala, kupoprodaja nepokretnosti, pravne tekovine Evropske unije.

UVODNE NAPOMENE

Slobodno kretanje kapitala jedna je od osnovnih sloboda potvrđenih u Ugovorima Evropske unije kojom se obezbeđuje poslovni kontinuitet i kojom

* Direktor Instituta za međunarodnu politiku i privredu, Beograd.

se osiguravaju strane investicija.¹ Slobodno kretanje kapitala ne znači prostu liberalizaciju u robno-novčanim tokovima, već i mnogo šira slobode i prava uključujući i slobodan promet kapitalnim uslugama, promet hartijama od vrednosti, ali i slobodan i nesmetan promet nepokretnostima na područjima različitih država članica Evropske unije. Sa procesom pristupanja Češke, Estonije, Kipra, Letonije, Litvanije, Mađarske, Malte, Poljske, Slovenije, Slovačke, Rumunije i Bugarske ovoj organizaciji, u prelaznom periodu bilo je predviđeno uklanjanje svih unutrašnjih zakonodavnih i administrativnih ograničenja vezanih za kupoprodaju nepokretnosti. Poseban naglasak u pristupnim aktima dat je slobodnom prometu poljoprivrednog i šumskog zemljišta čiji su najznačajniji delovi u vremenu pre tranzicije bili u državnom posedu. Pomenuto uslovljavanje u pretpristupnim aktima omogućava harmonizaciju propisa država sa pravnim tekovinama Evropske unije, a time doprinosi i njihovom daljem ekonomskom povezivanju, te bržem uključivanju u unutrašnje tržište Unije.

USLOVI ZA KUPOVINU NEPOKRETNOSTI U DRUGOJ DRŽAVI ČLANICI EVROPSKE UNIJE

Pristupanje novih država regulisano je članom 49. Ugovora o Evropskoj uniji. Sam pristupni proces podrazumeva prethodno ispunjavanje zahteva koji se *inter alia*, odnose i na slobodno kretanje kapitala (član 56. Ugovora o osnivanju EZ). Sprovođenje harmonizacije unutrašnjih propisa o prometu nepokretnosti na njihovim područjima i njihovo prilagođavanje sa Evropskim pravom u tom pogledu predstavlja poseban preduslov. Harmonizacija propisa je nužna da bi se sprečio nastanak ekonomskih poremećaja i da bi se omogućio potpuniji pristup svih građana Evropske unije zajedničkom tržištu. Generalno posmatrajući, države su u obavezi da uklone sve postojeće barijere i ograničenja u vezi sa ostvarivanjem slobodnog kretanja kapitala. Uslovi za prijem i eventualni prelazni periodi za prilagođavanje unutrašnjeg zakonodavstva Ugovorima na kojima je Evropska unija osnovana, bitni su elementi sporazuma između država kandidata za prijem u članstvo i svih država članica. Uslovljavanje je naročito naglašeno kod država koje su počev od 1. maja 2004. godine pristupile Evropskoj uniji (Češkom, Estonijom,

¹ Treaty on European Union, *Official Journal C 191*, 29 July 1992. Sloboda osnivanja i sloboda kretanja kapitala nakon amandmana usvojenih Ugovorom iz Nice 2001. godine, obuhvaćene su odredbama članova 43-56.

Kiprom, Letonijom, Litvanijom, Mađarskom, Maltom, Poljskom, Slovenijom i Slovačkom), odnosno kod država koje su u skladu sa zaključenim pregovorima pristupile Uniji 2007. godine (Rumunijom i Bugarskom), ali svakako i sa nekim drugim državama, poput Danske i Finske koje su zbog svojih specifičnosti na političkom i pravnom planu postigle sasvim specifična prelazna rešenja.

KRITERIJUMI ZA PRISTUPANJE I PREGOVORI O PRISTUPANJU

U junu 1993. godine, šefovi država i vlada izrazili su u Kopenhagenu spremnost za prijem i pridruživanje srednjoevropskih i istočnoevropskih zemalja Uniji. Članstvo u Uniji bilo je obezbeđeno isključivo za države za koje se proceni da ispunjavaju odgovarajuće uslove koji ukazuju na njenu političku, ekonomsku i pravnu zrelost. Ispunjavanje prethodnih uslova za pristupanje Uniji nazvano **Kopenhagenskim kriterijumima** za zemlje Istočne i Srednje Evrope značilo je **in concreto**, pozitivnu ocenu Evropskog saveta u pogledu ispunjavanja sledećih kriterijuma:

- 1) Političkih kriterijuma vezanih za izgradnju demokratskih i stabilnih institucija zasnovanih na vladavini prava, ljudskim pravima i poštovanju prava manjina;²
- 2) Ekonomskih kriterijuma vezanih za razvoj efikasne tržišne ekonomije koja ima kapacitet da se nosi sa tržišnim pritiscima konkurencije i snagama unutar Unije;

² Prema važećem tekstu Ugovora o Evropskoj uniji jedan od uslova koji država kandidat mora da ispuni sadržan je u članu 6. koji predviđa da se Unija zasniva na načelima slobode, demokratije, poštovanju ljudskih prava i osnovnih sloboda i na vladavini prava, načelima koja su zajednička svim državama članicama. Pomenuta odredba petpela je značajne izmene u odnosu na svoju prvobitnu sadržinu predviđenu Ugovorom o Evropskoj uniji kada je stav 1. tadašnjeg člana „F“ predviđao da Unija poštuje nacionalni identitet država članica čiji su sistemi vlasti zasnovani na načelu demokratije. Sa izmenom Ugovora iz Amsterdama navedeni član dobija sadržinu koja se tiče kako uslova za prijem u članstvo, tako i odnosa prema Evropskoj konvenciji o osnovnim ljudskim pravima i slobodama. Vid. <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html#0001000001>. Unija takođe poštuje osnovna prava koja su garantovana Evropskom konvencijom o očuvanju ljudskih prava i osnovnih sloboda potpisanom 4. novembra 1950. godine i koja proističu iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, kao opšta pravna načela Zajednice.

- 3) Pravnih kriterijuma vezanih za prihvatanje prava i obaveza iz članskog statusa koje uključuje i praćenje ciljeva političke, ekonomske i monetarne unije, te posebno prava i obaveza u pogledu pravnih tekovina Zajednice (***Community acquis***), koje ***per se***, sačinjava korpus evropskog zakonodavstva koje valja inkorporirati u unutrašnji pravni poredak država članica.³

Sposobnost Evropske unije da apsorbira nove članice za vreme dok podržava evropske integracije, drugi je važan vid problema pristupanja. Proces pregovaranja pojašnjava uslove unutar kojih bi svaka država kandidat trebalo da se kreće. Prelazni rokovi za ovaj proces moraju biti unapred dogovoreni. Pregovaranje se vodi na međuvladinim konferencijama koje uključuju države članice i države kandidate. Savet po pravilu usvaja zajedničku poziciju u odnosu na predlog Komisije, a tim eksperata koji upravlja pregovaračkim procesom i koga imenuje država članica koja vodi pregovore, ima obavezu da postupa u skladu sa ovom pozicijom. Parlament sa druge strane, prima izveštaje o pregovorima i daje uputstva u cilju postizanja rezultata. Da bi Ugovor o pristupanju dobio pravnu snagu, moraju ga ratifikovati sve ugovorne strane, što konkretno podrazumeva pravnu inkorporaciju u poredak država pristupnica i svih država članica Evropske unije.

PRELAZNI PERIOD ZA HARMONIZACIJU PROPISA

4.1. Primeri država koje su pristupile EU

Proces proširenja članstva u Evropskoj uniji započeo je 30. juna 1993. godine, sa mišljenjem Komisije u vezi zahteva za prijem Kipra i Malte u članstvo, a nastavio se 15. jula 1997. godine, novim mišljenjem za Češku Republiku, Estoniju, Letoniju, Litvaniju, Mađarsku, Poljsku, Sloveniju i Slovačku. Konkretni pregovori o pristupanju otpočeli su tokom 1998. godine, a u tom pogledu, Komisija je dobila jednu od ključnih uloga. Komisija je kroz godišnje izveštaje redovno obavestavala države članice o statusu zemalja kandidata u

³ Navedene kriterijume za pristupanje Evropski savet potvrdio je u Madridu 1995. godine. Evropski savet je naglasio važnost prilagođavanja administrativnih sistema država kandidata, kako bi se vremenom stvorili uslovi za skladniju integraciju. Videti: ***Evropojmovnik***, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd 2005, str. 73.

procesu pristupanja Uniji. Njeni izveštaji za 2002. godinu, zaključuju da su države kandidati ispunile političke kriterijume za članstvo, ali da će ispunjenje ekonomskih i pravnih kriterijuma biti odloženo do početka 2004. godine.

Prema čl. 49. Ugovora o Evropskoj uniji, odluku o prijemu jedne zemlje članstvo organizacije donosi Evropski savet, posle konsultacija sa Evropskom komisijom i po dobijanju saglasnosti od strane Evropskog parlamenta.⁴ Usvajanjem pozitivnog mišljenja Komisije i davanjem saglasnosti Evropskog parlamenta, usledila je i pozitivna odluka Evropskog saveta 14. aprila 2003. godine. Ugovori o pristupanju tako su potpisani 16. aprila 2003. godine, a stupili su na snagu 1. maja 2004. godine. Prilagođavanje zakonodavstva država pristupnica sa pravnim tekovinama Unije podrazumevalo je naknadno zaključivanje aneksa uz Ugovore o pristupanju u kojima su jasno precizirani uslovi vezani za prelazni period u kome su države dužne da upodobe svoj institucionalni i pravi okvir sa okvirom Unije. Prihvaćeno rešenje naglašava važnost harmonizacije propisa u delu koji se odnosi na slobodno kretanje kapitala.⁵ Prelazna rešenja u pogledu prometa nepokretnosti odnose se na sledeće zemlje, i to:

Za **Kipar** je predviđen prelazni period od pet godina za kupovinu nepokretnosti radi sticanja alternativnog boravišta. Prelazni period se računao od datuma pristupanja, i to u odnosu na celokupno zakonodavstvo o

⁴ Država upućuje zahtev Savetu koji posle konsultovanja Komisije i nakon dobijanja saglasnosti Evropskog parlamenta jednoglasno donosi odluku. Evropski parlament usvaja odluku apsolutnom većinom članova koji ga čine. Ugovorom iz Lisabona se ne menja postojeće rešenje pošto se propisuje donošenja odluka "većinom od ukupnog broja članova". Videti: A. Čavoški, *Proširenje Evropske unije u svetlu Ugovora iz Lisabona*, u: **Proširenje Evropske unije na Zapadni Balkan**, (ur. D. Dimitrijević, I. Lađevac), Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd 2009, str. 12.

⁵ Treaty of Accession of the Czech Republic, Estonia, Cyprus, Latvia, Lithuania, Hungary, Malta, Poland, Slovenia and Slovakia signed on 16 April 2003 in Athens - Annexes V to XIV, **Official Journal of the European Communities**, L 236 , 23/09/2003; Act concerning the conditions of accession of the Czech Republic, the Republic of Estonia, the Republic of Cyprus, the Republic of Latvia, the Republic of Lithuania, the Republic of Hungary, the Republic of Malta, the Republic of Poland, the Republic of Slovenia and the Slovak Republic and the adjustments to the Treaties on which the European Union is founded - Protocol No 6 on the acquisition of secondary residences in Malta, **Official Journal of the European Communities**, L 236 , 23/09/2003.

prometu nepokretnosti, uključujući i propise vezane za promet dobara u korist stranaca, a koji su bili na snazi na 31. decembar 2000. godine.

Za **Estoniju, Letoniju, Litvaniju i Slovačku** predviđen je duži tranzicioni period od sedam godina za sticanje poljoprivrednog i šumskog zemljišta od strane nerezidenata. Za samostalne zemljoradnike iz drugih država članica koji su bili legalno nastanjeni i zaposleni u nekoj od pomenutih država za poslednje tri godine, ovo ograničenje ne važi. Prelazni period može biti tako produžen za maksimalnih tri godine, u slučaju da ove države pokažu potrebu za unošenjem neke sigurnosne klauzule u Ugovor o pristupanju.

Za **Mađarsku** je predviđen prelazni period od pet godina u odnosu na mogućnost sticanja nepokretnosti u svrhu regulisanja alternativnog boravišta stranih državljana (*secondary residences*). Državljeni država članica i država tzv. Evropske ekonomske oblasti (*European Economic Area*) stipulisali su automatsko sticanje ovog prava za lica koja legalno borave u Mađarskoj ne kraće od četiri godine. U pogledu vremenskih limita utvrđenih u odnosu na sticanje poljoprivrednog i šumskog zemljišta, samostalni zemljoradnici legalno nastanjeni i zaposleni u Mađarskoj za poslednje tri godine, ne potpadaju pod propisano vremensko ograničenje od sedam godina. Za mogućnost produženja tranzicionog perioda važi isto rešenje kao i kod Estonije, Letonije, Litvanije i Slovačke. Naime, period može biti produžen za maksimalnih tri godine u slučaju da je Mađarska demonstrirala nužnost unošenja sigurnosne klauzule u Ugovor o pristupanju.

Za **Poljsku** je predviđen prelazni period za sticanje nepokretnosti na njenom području od pet godina. Rešenje se odnosi na mogućnost kupovine nepokretnosti namenjene dodatnim boravištima nedržavljana i stranaca. Potom, to se odnosi i na državljane država članica EU i državljane država tzv. Evropske ekonomske oblasti, nastanjene na njenom području u kraćem periodu od četiri godine. Za državljane država članica Evropske unije i državljane država Evropske ekonomske oblasti koji su nastanjeni u kontinuitetu poslednje četiri godine navedeno rešenje nije prihvatljivo. U odnosu na mogućnost sticanja poljoprivrednog i šumskog zemljišta, Poljska je dogovorila prelazni period od dvanaest godina. Samostalni zemljoradnici iz Evropske unije ili Evropske ekonomske oblasti, imaju pravo da ovo zemljište kupe ako su na njemu nastanjeni legalno ili su u legalnom zakupu najmanje tri godine, odnosno sedam godina u kontinuitetu. Predviđenim rešenjem pravi se izvesno odstupanje prema specifičnosti poljskih regiona.

Za **Češku Republiku** postignuto je nešto drugačije rešenje. Češka je ugovorila petogodišnji prelazni period za sticanje alternativnog boravišta stranih državljana na svojoj teritoriji. U pogledu poljoprivrednog i šumskog zemljišta, njena pregovaračka pozicija se mnogo ne razlikuje od rešenja koje su postigle Estonija, Letonija, Litvanija i Slovačka.

Za **Sloveniju** je predviđena generalna sigurnosna klauzula u odnosu na nepokretnosti propisana članom 37. Ugovora o pristupanju za period do sedam godina nakon datuma pristupanja. Inače, pomenuto obezbeđenje u normalnim uslovima može trajati najduže tri godine, ali kod Slovenije je propisano da traje nešto duže iz razloga što se time ublažavaju štetni efekti po određene privredne grane i oblasti.

Za **Maltu** je predviđeno posebno rešenje Protokolom broj 6 uz Ugovor o pristupanju. Naime, tim aktom stipulisano je da država pristupnica može održati postojeće restrikcije u unutrašnjem zakonodavstvu u odnosu na mogućnost pribavljanja nepokretnosti od strane državljana država članica Evropske unije, pod uslovom da državljani Evropske unije na Malti imaju legalno boravište ne kraće od pet godina.

Za **Rumuniju** i **Bugarsku** koje su potpisale Ugovor o pristupanju Evropskoj uniji aprila 2005. godine, a koji je stupio na snagu januara 2007. godine, predviđen je petogodišnji period u odnosu na mogućnost sticanja nepokretnosti u svrhu regulisanja alternativnog boravišta stranih državljana. Obe zemlje prihvatile su obavezu da svoje unutrašnje zakonodavstvo o prometu poljoprivrednog i šumskog zemljišta usklade sa evropskim standardima u roku do sedam godina, s tim što se isti ne odnosi i na samostalne zemljoradnike na njihovoj teritoriji.

4.2. Primer sui generis: Danska i Finska (Alandska ostrva)

Protokolom broj 1 uz Ugovor o pristupanju Danske Evropskoj uniji, reguliše se pitanje pribavljanja nepokretnosti od strane državljana Evropske unije u Danskoj. Navedenim Protokolom stipuliše se da Danska može u svrhu slobodnog kretanja kapitala održati postojeće zakonodavstvo. Budući da bi bilo kakva diskriminacija na temelju nacionalne pripadnosti bila u suprotnosti sa čl. 12. Ugovora o osnivanju EZ, građani Evropske unije nastanjeni u Danskoj, mogli bi prema usvojenom rešenju slobodno sticati prava na nepokretnostima koja su namenjena njihovom ličnom odmoru i alternativnom boravištu, pod istim uslovima kao i sami državljani Danske. S druge strane, Danci nastanjeni van Danske imaju jednak tretman kao i svi

drugi državljani Evropske unije van svojih matičnih država. Drugim rečima, državljani Evropske unije ne mogu uživati više prava u svojoj matičnoj državi.⁶

U pogledu Finske, predviđaju se sasvim posebna rešenja. Budući da Finska poseduje suverenitet nad Alandskim ostrvima, koja uzgred budi rečeno uživaju specijalni autonomni status u međunarodnoj zajednici utvrđen pregovorima još u vreme između dva svetska rata, Protokolom broj 2, koji je deo Ugovora o pristupanju, ugovorena je mogućnost derogacije pojedinih odredbi iz Ugovora Evropske unije i to, isključivo u odnosu na Alandska ostrva. Naime, na području Alandskih ostrva moguće je zadržati zakonodavstvo koje je bilo na snazi zaključno sa 1. januarom 1994. godine. To se pre svega odnosi na propise koji ograničavaju prava pravnih i fizičkih lica u pogledu sticanja imovinskih prava na nepokretnostima koje je do tada bilo moguće steći samo uz odobrenje ili dozvolu nadležnih organa. Budući da ne bi trebalo biti bilo kakve diskriminacije u odnosu na mogućnost sticanja prava na nepokretnostima na ovim ostrvima, Finska se obavezala da obezbedi jednaki tretman i postupanje prema svim licima iz država Evropske unije.⁷

ZNAČAJ UPOREDNOPRAVNIH REŠENJA ZA REPUBLIKU SRBIJU

Srbija kao država koja pledira za članstvo u Evropsku uniju ima dužnost da se jasnije odredi prema tržištu kapitala Evropske unije. Pomenuta konstatacija je od naročitog značaja budući da je Srbija potpisala i ratifikovala Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju tokom 2008. godine (zajedno sa prelaznim trgovinskim sporazumom), što na međunarodnom pravnom planu znači da je preuzela obavezu u vezi harmonizacije propisa koji se odnose na slobodan protok kapitala sa Evropskom unijom.⁸ Pridruživanje Srbije

⁶ Treaty on European Union - Protocol No 1 on the acquisition of property in Denmark, *Official Journal of the European Communities*, No C 191, 29.07.1992.

⁷ Act concerning the conditions of accession of the Kingdom of Norway, the Republic of Austria, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden and the adjustments to the Treaties on which the European Union is founded - protocol No 2 on the Åland islands, *Official Journal of the European Communities*, No C 241, 29.08.1994.

⁸ Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju predviđa se obaveza Republike Srbije da u dogovorenim rokovima uskladi domaće zakonodavstvo sa propisima koji spadaju u pravne tekovine Evropskih zajednica. S obzirom na obim pravnih tekovina EZ

Evropskoj uniji otuda zahteva hitno i sistematizovano usklađivanje domaćeg zakonodavstva sa pravom Evropske unije. Kako ispunjavanje evropskih standarda isključuje bilo kakva ograničenja kod prekograničnog kretanja kapitala, harmonizacija domaćih propisa podrazumeva prethodno uklanjanje svih pravnih barijera kod slobodnog prometa kapitala.⁹ Primera radi, Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa strana fizička i pravna lica koja obavljaju delatnost na domaćoj teritoriji mogu, pod uslovima uzajamnosti, sticati pravo svojine na nepokretnostima koje su im potrebne radi obavljanja delatnosti. U pogledu prometa poljoprivrednim i šumskim zemljištem u državnoj svojini postoje međutim izvesne zakonske restrikcije koje isključuju mogućnost sticanja prava svojine (npr. šume i šumsko zemljište ne mogu da se otuđuju osim u slučaju arondacije i komasacije i u slučajevima utvrđenim zakonom). Otuda, iako je naše pravo formalnopravno izjednačilo domaće i strane državljanke, suštinski se nije daleko odmaklo, jer nisu ujednačeni svi propisi o kretanju kapitala kojim bi se obezbedila puna liberalizacija tržišta.¹⁰ Razlozi su manje-više poznati i tiču se činjenica da se

određena su prioriteta područja koja imaju direktan uticaj na stvaranje zone slobodne trgovine između EU i Srbije: zaštita konkurencije i kontrola dodele državnih pomoći (subvencija), pravo intelektualne svojine, javne nabavke, standardizacija i zaštita potrošača. Internet: <http://www.seio.gov.rs/code/navigate.asp?Id=408>, 28/11/2008. Vid. D. Dimitrijević, Razvoj bilateralnih odnosa sa Evropskom unijom, u: **Proširenje Evropske unije na Zapadni Balkan**, (ur. D. Dimitrijević, I. Lađevac) Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd 2009, str. 55-64.

⁹ B. Babić, **Osiguranje sloboda kretanja robe i kapitala, pravo konkurencije**, Institut za uporedno pravo, Beograd 2004, str. 31-50.

¹⁰ U pozitivnom zakonodavstvu donekle postoje ograničenje u pogledu reciprociteta, a potom i u pogledu teritorijalne primene propisa, što *per se*, ne utiče na doslednost u pogledu jednakog tretmana, što je dobar put da se ide ka višem stepenu liberalizacije tržišta kapitala. Vid. D. Dimitrijević, Pravna regulativa koncesija u Republici Srbiji, **Pravo i privreda** 5-8/2005, str. 728-743. U navedenom smislu moguće je uporediti rešenja prisutna u Zakonu o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, (**Službeni list SFRJ**, br. 6/80 i 36/90 i **Službeni list SRJ**, br. 29/96) i drugim propisima u kojima postoje zakonodavna ograničenja prometa kapitala poput Zakona o poljoprivrednom zemljištu (**Službeni glasnik RS**, br. 62/2006), Zakona o šumama (**Službeni glasnik RS**, br. 46/91, 83/92, 53/93, 54/93, 60/93, 67/93, 48/94, 54/96 i 101/2005), Zakona o stranim ulaganjima (**Službeni list SRJ**, br. 3/2002, 5/2003), Zakona o deviznom poslovanju (**Službeni glasnik RS**, br. 62/2006), Zakona o bankama i drugim finansijskim organizacijama (**Službeni glasnik RS**, br. 107/2005) i Zakona o tržištu hartija od

Srbija iz godine u godinu suoči s različitim bilansnim pozicijama i spoljnom prezaduženošću. Totalna liberalizacija domaćeg tržišta kapitala za Srbiju bi mogla predstavljati ozbiljnu teškoću u pogledu preduzimanja mera za osnaženje njenih finansijskih kapaciteta. Zbog toga je potrebno unapred planirati i preduzimati mere na poboljšanju njene ekonomske pozicije u odnosu na Evropsku uniju. Budući da je proširivanje dejstva slobodnog kretanja kapitala najočitije kod kupovine nekretnina, u perspektivi bi trebalo podržati sva ona pravna rešenja kojima bi se ostvarili elementarni uslovi za održivi rast i ekonomski prosperitet Republike Srbije.¹¹

Duško Dimitrijević*

Harmonization of sales law in the European Union

Summary

The Treaty establishing the European Community enshrines the free movement of capital as a fundamental freedom. It is intended to remove all restrictions on the movement of capital so that European citizens may take full advantage of the single market. The free movement of capital in EU covers much more than payments and transfers of money over the borders. It covers transfers of ownership of assets and liabilities and also the investments in companies and real estate. With the successive accession of new Member States to the EU, transitional periods and some exception were negotiated for the free movement of capital. These concern to a limited extent, the purchase of property in the new Member States that has joined the Union until 2004 (Cyprus, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Poland, the Czech Republic,

vrednosti i drugih finansijskih instrumenata (*Službeni list SRJ*, br. 65/2002, *Službeni glasnik RS*, br. 57/2003).

¹¹ Council Directive 88/361/EEC of 24 June 1988 for the implementation of Article 67 of the Treaty, *Official Journal of the European Communities* L 178, 08/07/1988, p. 5-18.

* PhD, Director of the Institute for International Politics nad Economics, Belgrade.

Slovakia, Slovenia, Malta Bulgaria and Romania), but is also true of Denmark and Finland.

Keywords: free movement of capital; investments in real estate; European Union Law

Mirjana CUKAVAC*

UDK: 339.524(720+4-672EU)
str. 37-80.

ODBIJANJE POSLOVANJA U ANTIMONOPOLSKOM PRAVU SAD I EVROPSKE UNIJE

Rezime

Premda svako ima slobodu da posluje s kim želi postoje okolnosti pod kojima odbijanje da se vrši snabdevanje robom ili uslugama ili odobri pristup takozvanoj "neophodnoj infrastrukturi" od strane dominantnog preduzeća može predstavljati zloupotrebu dominantnog položaja.

U Sjedinjenim Državama odbijanje poslovanje je bazirano na tri testa: test antikonkurencijske namere koja se najčešće ispoljava kroz promenu postojeće poslovne prakse praćene posebnom namerom da se nanese šteta konkurentima, doktrinu osnovnih sredstava i teoriju širenja monopola.

Odbijanje poslovanja sjedinjeno sa doktrinom osnovnih sredstava primenjivano je u Evropskoj Uniji u proteklih godina od strane Evropske Komisije, Prvostepenog suda i Evropskog suda pravde. Takođe, nedavno izdati Vodič Evropske Komisije o zloupotrebama dominantnog položaja podržava ovu doktrinu i istančano opisuje njenu primenu i ograničenja. Koncept odbijanja poslovanja se odnosi na široki dijapazon različitih praksi kao što je na primer odbijanje snabdevanja proizvodima postojećih ili budućih kupaca, odbijanje da se licencira pravo intelektualne svojine ili odbijanje da se dozvoli pristup neophodnoj infrastrukturi ili mreži. Sve ove

* Sekretar Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednj komori Srbije u Beogradu.

prakse mogu predstavljati zloupotrebu dominantnog položaja pod uslovom da postoje sledeće okolnosti: proizvod ili infrastruktura treba objektivno da budu neophodni, odbijanje će verovatno naneti štetu potrošačima, ono treba da bude neopravdano i da dovodi do ograničenja konkurencije na sekundarnom tržištu.

Ključne reči: odbijanje poslovanja, neophodna infrastruktura, dominantni položaj, antimonopolsko pravo, širenje monopola

Uvod

Pravo konkurencije zabranjuje zloupotrebu dominantnog ili monopolskog položaja jer zloupotreba monopola može da utiče na ograničenje autputa i povećanje cena, smanjenje inicijative za inovacije i manje alternativa za isporučioce i kupce.¹ Ekonomske analize pokazuju da monopolisti upotrebljavaju svoju moć da ograniče proizvodnju i podignu cene te će tržište posednuto od strane monopolista proizvoditi manje i prodavati po višim cenama nego tržište sa zdravom konkurencijom. Stoga član 2. američkog Šermanovog zakona (15 U.S.C. § 2) zabranjuje ne samo sporazume između privrednih subjekata kojima se stiče ili zloupotrebljava monopolski položaj nego i za razliku od člana 1. istog zakona i svako jednostrano ponašanje koje dovodi do ili zloupotrebljava monopolski položaj. Takođe i član 82. Ugovora o udruživanju u EU zabranjuje aktivnosti koje predstavljaju zloupotrebu ekonomske moći firmi koje imaju dominantan položaj na zajedničkom tržištu ili na njegovom značajnom delu ukoliko mogu imati štetan uticaj na trgovinu između zemalja-članica.

Iako na prvi pogled izgleda da pravo SAD i EU zabranjuje svaku monopolizaciju, samo po sebi posedovanje dominantnog položaja ili monopolske moći na tržištu ne predstavlja povredu prava konkurencije. Jedna firma može steći monopolsku moć i kroz unapređenje proizvodnje, marketinga ili prodaje nekog proizvoda što znači kroz vrlo kompetitivno ponašanje koje pravo konkurencije upravo stimuliše. Dominacija sama po sebi nije dovoljna jer ni ona kao ni monopol nisu sami po sebi zabranjeni nego samo njihova zloupotreba, odnosno njihovo sticanje ili održavanje putem ponašanja za koje ne postoji opravdan legitimni poslovni interes koji bi

¹ Philip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Fundamental of Antitrust Law*, (3d edition 2008) Aspen Publishers, ¶631, str. 71

proisticao iz normalnog rasta ili razvoja kao posledice dobrog poslovanja, kvalitetnog proizvoda ili prilika na tržištu.²

Pored pukog posedovanja monopolske moći ili dominantnog položaja firma mora biti angažovana i u nekoj vrsti predatorskog ponašanja čije definisanje spada u jedno od najtežih pitanja prava konkurencije. Član 82. Ugovora o udruživanju u EU ne definiše koncept zloupotrebe nego samo daje listu tipičnih primera koja nije isključiva. Ipak, određene kategorije zloupotreba mogle su biti izvedene na osnovu slučajeva koji su se postavili pred sudom.³ Ni pravo Sjedinjenih Država takođe ne nabroja listu zabranjenih ponašanja. No iako se američka sudska praksa još nije složila o tome šta čini takvo ponašanje te postoji stalna debata o standardima koje treba primeniti pri određivanju da li je jedno ponašanje sankcionisano kao akt monopolizacije u praksi je široki spektar unilateralnih akata bio istican kao povreda člana 2. Šermanovog zakona.⁴

Iako ne postoji neka lista ponašanja koje bi se smatrao ekskluzivnim, predatorskim, ograničavajućim ili antikompetitivnim, niti se ona mogu nabrojati i predvideti,⁵ teorija i praksa su ipak formulisale izvesne teorije o odgovornosti na koje se stranke najčešće pozivaju kao osnovu za slučajeve zloupotrebe dominantnog položaja odnosno monopolizacije. Odbijanje da se posluje sa konkurentskom firmom je jedno od opštepriznatog oblika monopolizacije koje poznaju praktično sva prava onih zemalja koje su donele antimonopolske zakone. U daljem toku izlaganja ovaj institut će se obraditi s obzirom na pravo EU i Sjedinjenih Država gde i pored sličnosti postoje i značajne razlike u njegovoj primeni.

² Vrhovni sud Sjedinjenih Država u *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S., 563, 570-71 (1966).

³ D. G. Goyder, *EC Competition Law*, 4th Ed., Oxford University Press, New York 2004, 282.

⁴ Vid. K. L. Grimm, *General Standards for Exclusionary Conduct* (Fed. Trade Comm'n Staff Working Paper, 2008) dostupno na: <http://www.ftc.gov/os/section2hearings/index.shtm>.

⁵ U *Caribbean Broadcasting System, Ltd. v. Cable & Wireless P.L.C.*, 148 F.3d 1080, 1087 (D. C. Cir. 1998) District of Columbia apelacioni sud je istakao da "ponašanje koje se može smatrati ograničavajućim i antikompetitivnim zavisi od konteksta slučaja i može se pojaviti u toliko različitih pojavnih formi i oblika da sudovi ili teorije ne bi mogli nikada da ih sve nabroje i predvide."

1. SJEDINJENE DRŽAVE

Odgovor na pitanje kada firma koja ima monopolisti položaj može zakonito odbiti da posluje sa konkurentom(ima) spada u jedno od najproblematičnijih pitanja američkog antimonopolskog prava. Osnovni princip ugovornog prava je da svaka firma, pa i u slučaju da je monopolista, ima pravo da posluje s kim hoće, pod uslovom da to radi nezavisno.⁶ Međutim, ovo pravilo nije bez izuzetaka kada su u pitanju firme koje uživaju monopolisti status te pod određenim okolnostima monopolisti mogu biti odgovorni ukoliko odbiju da posluju sa konkurentima.

2.1. Tri testa za utvrđivanje nezakonitog odbijanja poslovanja

Prilikom ocene da li je monopolista protivzakonito odbio da posluje tokom vremena su se razvila tri testa.⁷ To su test namere, teorija osnovnih sredstava i teorija proširenja monopola.

2.1.1. Test 1: Anikonekurencijska namera (*anticompetitive animus*) najčešće ispoljena kroz neopravdanu promenu obrasca ponašanja (*unjustified change in pattern of dealing*)

Monopolista čiji je model ponašanja stvorio prokompetitivno okruženje u nekim slučajevima neće moći da promeni obrazac ponašanja bez valjanog opravdanja. Ova analiza se naziva „testom namere“. Međutim, ukoliko se može dokazati opravdani poslovni razlog za odbijanje poslovanja ovakvo ponašanje neće predstavljati povredu antimonopolskog prava.

Vodeći precedent u ovoj materiji je slučaj **Aspen**⁸ gde je Vrhovni su SAD sankcionisao odbijanje da se posluje sa konkurentom. Činjenice su bile sledeće. U čuvenom zimskom centru Aspen, Kolorado jedna firma, Aspen Skiing je posedovala tri skijališta dok je konkurent, Aspen Highlands posedovao samo jedno. Dve firme su godinama sarađivale prodajući

⁶ Vrhovni sud SAD u *Monsanto Co. v. Spray-Right Service Co.*, 465 U.S. 752 (1984).

⁷ Allen Kezsbom & Alan V. Goldman, No Shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of the "Essential Facilities" Doctrine, 1 *Columb. Bus. L. Rev.* 5(1996); James B. Kobak Jr., Antitrust Treatment of Refusals to License Intellectual Property, *The Licencing Journal*, Vol. 22, no. 1 (January 2002), 1.

⁸ *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U. S. 585(1985)

zajedničku kartu za višednevni ski pas koja je važila za sva skijališta. Pošto je više puta tražio povećanje svog dela u zajedničkoj prodaji, Aspen Skiing je obustavio prodaju zajedničke karte. Aspen Highlands, znajući da će skijaši zaobilaziti njegove terene, je na sve načine pokušavao da nastavi saradnju na kraju ponudivši čak i da sam kupuje Skiingove karte po maloprodajnoj ceni. Pošto je i ovo odbijeno, Aspen Highlands je tužio Aspen Skiing zbog zloupotrebe monopolskog položaja. Niži sudovi su presudili u korist Highlands-a našavši da je Aspen Skiing monopolisao tržište okončavši sporazum sa tužiocem. Vrhovni sud je potvrdio ove odluke našavši da se odluka Skiing-a da okonča dugoročni zajednički poslovni poduhvat može okarakterisati kao "odluka da se bitno promeni karakter tržišta"⁹ a odbijanje da se prihvati kupovina vaučera od strane konkurenta koja je jednaka keš isplati pruža dovoljno dokaza da ne postoji razumno opravdanje ovakvog poslovnog poteza te da se ono može nedvosmisleno okarakterisati kao ekskluzivno.¹⁰

Kada je u pitanju neopravdana promena obrasca poslovanja, da bi se uspostavio slučaj, pored odbijanja poslovanja sa konkurentom potrebno je da postoji i jasno izražena namera da mu se naškodi. U *Aspen*-u, Vrhovni sud je našao da je ova namera ispoljena kroz "odluku monopoliste da izvrši značajnu izmenu karaktera tržišta"¹¹ zato što je njegova odluka odstupala od dugoročnog profitabilnog aranžmana koji je imao sa konkurentom a nije postojalo valjano poslovno opravdanje koje bi podržalo okončanje ugovora o saradnji.¹²

Na test namere iz *Aspena*-a Vrhovni sud se posebno osvrnuo i u vremenski bližem slučaju *Trinko*¹³ o kome će kasnije biti reči. Vrhovni sud je naglasio da ono što je važno u *Aspen*-u je činjenica da : "jednostrano okončanje voljnog (i zbog toga pretpostavljeno profitabilnog) poslovanja sugerise nameru da se žrtvuje kratkoročni profit da bi se na kraju ostvario antikonkurencijski efekat. Takođe, nespремnost tuženog da obnovi kartu čak i pod uslovom da mu to

⁹ *Aspen*, 604

¹⁰ *Aspen*, 610-611

¹¹ *Aspen*, 604

¹² *Aspen*, 603

¹³ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540, U.S. 398 (2004)

bude nadoknađeno po maloprodajnoj ceni otkriva jasno njegovu antikonkurencijsku nameru."¹⁴

Prema mišljenju američkih sudova, test namere ne traži da se odbijanje poslovanja sa konkurentom tiče neophodnih osnovnih sredstava ili da se dokazuje postojanje dva odvojena tržišta u cilju monopolizacije susednog tržišta.¹⁵

2.1.2. Test 2: Doktrina osnovnih sredstava (*essential facilities doctrine*)

Doktrina osnovnih sredstava je jedna od teorija na koju se naslanja odbijanje poslovanja. Ova doktrina uspostavlja odgovornost u slučajevima kada jedna firma, koja kontroliše osnovna sredstva, onemogućava drugoj firmi razuman pristup proizvodima ili uslugama koje ova mora imati da bi mogla da konkuriše prvoj firmi.¹⁶ Kao osnovno sredstvo može se smatrati proizvod (kao što su sirovine ili rezervni delovi), infrastruktura (kao što je luka, železnička infrastruktura, fudbalski stadion, električna centrala, telekomunikaciona mreža, aerodrom ili pojedine službe na aerodromu), usluge (kao što je prilaz kompjuterizovanom sistemu rezervacije avio-karata), kao i licenca prava intelektualne svojine.

Doktrina vuče koren iz slučajeva grupnih bojkota koji sami po sebi predstavljaju nedozvoljene sporazume sankcionisane članom 1. Šermanovog zakona. U jednom od najranijih slučajeva, *Terminal Railroad Association*,¹⁷ zloglasni Jay Gould je organizovao St. Louis Terminal Association, grupaciju od šest železničkih preduzeća koja je stekla kontrolu nad svim mostovima i terminalima na reci Misisipi koji su povezivali Istočni St. Louis sa ostalim delom grada. Asocijacija je odbila da dozvoli da druge železničke kompanije koriste mostove i terminale. Rezultat je bio visoka barijera za ulaz za svaku drugu železničku firmu jer bi morala da sagradi ne samo most već i terminalsku infrastrukturu. Vrhovni sud SAD je našao da je takvo ponašanje

¹⁴ *Trinko*, 409

¹⁵ *Aspen Highlands Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co.*, 738 F. 2d 1509, 1519 n. 11 (10th Cir.1984)

¹⁶ *Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*, 948 F.2d 536, 542 (9th Cir.1991)

¹⁷ *United States v. Terminal Railroad Association*, 224 U.S. 383(1912)

prepreka, barijera i ograničenje u odnosu na međudržavnu trgovinu" te stoga predstavlja povredu članova 1. i 2. Šermanovog zakona.¹⁸

Nešto kasnije u *Associated Press*-u¹⁹, Vrhovni sud je našao da je statut kojim je novinska agencija Associated Press predvidela zabranu članicama da prodaju vesti bilo kome osim drugim članicama AP te pravo da stavljanjem veta blokiraju prijem u članstvo AP konkurentskih novina predstavlja povredu člana 1. i 2. Šermanovog zakona.²⁰

Kada su u pitanju čisto unilateralni akti odbijanja poslovanja sa konkurentskom firmom od strane monopoliste Vrhovni sud do danas nije eksplicitno priznao niti opovrgao primenu doktrine osnovnih sredstava. U nešto novijem slučaju, *Otter*²¹, Vrhovni sud je sankcionisao praksu Otter-a, proizvođača električne energije, kao akt monopolizacije. Otter je prodavao struju koju je proizvodio u maloprodaji direktno potrošačima kao i u veleprodaji gradovima koji su zatim preprodavali potrošačima. Odbijanje prodaje struje gradovima od strane Otter-a okarakterisano je kao nezakoniti akt monopolizacije ali bez navođenja bilo kakvih kriterijuma.

Kriterijume za primenu doktrine osnovnih sredstava formulisao je Apelacioni sud za sedmo područje (Čikago) 1983. god. u slučaju *MCI Communications*²². U navedenom slučaju sud je našao da neki slučajevi odbijanja poslovanja treba da budu razmatrani sa stanovišta doktrine osnovnih sredstava. Naime, MCI se pozvao da je AT&T nezakonito odbio da iznajmi konekciju za MCI telefonske linije za udaljene države koje bi se povezale na AT&T-ijevu nacionalno raširenu lokalnu telefonsku mrežu. MCI je naveo da ne može konkurisati AT&T-iju na linijama za daleke zemlje bez interkonekcije na lokalnu mrežu. Apelacioni sud je primenio doktrinu neophodne infrastrukture i našao da je MCI dokazao da je "tehnički i ekonomski izvodljivo za AT&T da obezbedi zahtevanu interkonekciju a da odbijanje

¹⁸ Terminal Railroad Association, *Ibid.*

¹⁹ *Associated Press v. United States*, 326 U.S.1(1945)

²⁰ *Associated Press*, 19

²¹ *Otter Tail Power Co., v. United States*, 410 U.S. 366(1973)

²² *MCI Communications v. AT&T Corp.*, 708 F. 2d 1081 (7th Cir.1983)

AT&T-ija čini namerni akt monopolizacije".²³ Sud je našao da neke slučajeve odbijanja poslovanja treba posmatrati prema doktrini osnovnih sredstava. Takvo odbijanje poslovanja može biti nezakonito jer monopolista koji kontroliše neophodnu infrastrukturu može proširiti monopolsku moć sa jedne faze proizvodnje na drugu, sa jednog tržišta na drugo. Stoga antimonopolsko pravo nameće firmama koje kontrolišu neophodnu infrastrukturu obavezu da je učine dostupnom pod nediskriminirajućim uslovima.²⁴ U ovom slučaju Apelacioni sud je identifikovao četiri neophodna elementa koja tužilac mora da dokaže da bi uspostavio odgovornost na osnovu doktrine osnovnih sredstava to a su :

- 1) kontrola osnovnog proizvoda od strane monopoliste;
- 2) nemogućnost konkurenta da praktično ili pod razumnim uslovima sam duplira neophodni proizvod;
- 3) odbijanje da se konkurentu dopusti upotreba neophodnog proizvoda;
- 4) izvodljivost obezbeđenja pristupa osnovnom proizvodu konkurentu.²⁵

Ne postoji zahtev da tužilac koji se poziva na doktrinu osnovnih sredstava dokazuje postojanje dva različita, vertikalno povezana tržišta. Stranke koje se pozivaju u svojim zahtevima na ovu doktrinu mogu istovremeno biti i kupci i konkurenti navodnog monopoliste na jedinom jedinom tržištu, te je dovoljno samo dokazati da su stranke aktuelni konkurenti ili bi bile konkurenti da je tužiocu dozvoljen pristup proizvodu tuženog čak i na istom tržištu.²⁶ To ne znači da se doktrina osnovnih sredstava ne primenjuje i u slučajevima kada se radi o dva vertikalno povezana tržišta. Međutim, ovo nije neophodan uslov jer sudovi zahtevaju da tužilac samo dokaže da je proizvod neophodan za konkurenciju na relevantnom proizvodnom tržištu, da ga je nemoguće

²³ *MCI Communications*, 1133

²⁴ *Ibid.*, 1132

²⁵ *Ibid.*, 1132 -33

²⁶ *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346,1357 (Fed.Cir. 1999)

duplicirati, da ga kontroliše monopolista koji ga jedino može učiniti dostupnim.²⁷

I pored toga što je doktrina osnovnih sredstava pretrpela mnogobrojne kritike od strane američkih teoretičara, i najžešći kritičari su ipak priznavali činjenicu da bi u nekim izuzetnim okolnostima monopolista bio obavezan da posluje sa konkurentom.²⁸ S druge strane, zbog visoko postavljenih kriterijuma, američki sudovi su u veoma retkom broju slučajeva našli da je neko odgovoran na osnovu ove doktrine.

2.1.3. Test III :Širenje monopola (*monopoly leveraging*)

Prema novijim odlukama američkih sudova sama po sebi upotreba monopola stečenog na jednom tržištu da bi se stekle prednosti na drugom tržištu ne mora biti nezakonita.²⁹ Po mišljenju američkih sudova, širenje monopola na sekundarno tržište treba da ima određeni oblik kao što su predatorske cene, vezana trgovina ili odbijanje poslovanja koje je dovelo do monopolizacije ili je, slučajevima pokušaja monopolizacije, rezultiralo opasnom mogućnošću sticanja monopolne moći na sekundarnom tržištu. U gore navedenom slučaju **Otter**, odbijanje obezbeđenja električne energije gradskim distributerima od strane Otter-a okarakterisano je kao nezakonito širenje monopolne moći sa tržišta veleprodaje u cilju sticanja neopravdanih prednosti na tržištu maloprodaje.³⁰

²⁷ R. Pitofsky, *The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law*, dostupno na <http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf>

²⁸ Videti P. Areeda: *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 *Antitrust L.J.* 841,853 n. 21(1989)

²⁹ U slučaju **Schor v. Abbott Laboratories**, 457 F.3d 608 (7th Cir.2006) tužilac Schor, proizvođač leka za tretiranje AIDS-a je tužio Abbott Laboratories (ABBOTT) zbog toga što je povećanjem cene patentom zaštićene komponente Norvira koji se koristi u proizvodnji pilula koje se prepisuju obolelima od AIDS-a a da je pri tome cena njegovih sopstvenih pilula Kaletra ostala ista, izvršio nezakonit pokušaj monopolizacije na sekundarnom tržištu lekova koji se moraju kombinovati sa Norvir-om u cilju pojačavanja dejstva. Prvostepeni federalni sud je odbacio tužbu a Apelacioni sud za sedmo područje potvrdio navodeći da širenje monopola na drugo tržište ne predstavlja povredu antimonopolskog prava ukoliko nije učinjeno u određenoj formi kao što su predatorske cene, vezana trgovina ili odbijanje poslovanja.

³⁰ **Otter Tail Power Co., v. United States**, 410 U.S. 366(1973)

2.1.4. *Trinko*

Skoro dvadeset godina posle *Aspen*-a Vrhovni sud Sjedinjenih Država je razmatrao slučaj odbijanja poslovanja od strane monopolske firme u slučaju *Trinko*.³¹

Činjenice *Trinko* slučaja bile su umnogome drugačije nego kod *Aspen*-a. Lokalni monopolista u oblasti telefonije, firma Varizon je odbila da iznajmi deo svoje mreže konkurentima iako ga je na to obavezivao Zakon o telekomunikacijama. Na žalbu konkurenata, nadležni organi su izrekli Varizon-u novčanu kaznu i određene prinudne mere a konkurenti i njihovi potrošači (*Trinko*) su pokrenuli *class-action* u cilju nadoknade trostruke vrednosti pretrpljene štete zbog povrede člana 2. Šermanovog zakona. Tužilac je bazirao svoj zahtev na dve doktrine, odbijanju poslovanja i doktrini osnovnih sredstava, koje obe nalažu monopolisti da obezbedi pristup rivalima na vitalne vertikalne inpute susednog tržišta. Spor je došao do Vrhovnog suda Sjedinjenih Država koji je odbacio tužbu jer tužilac nije uspeo da uspostavi slučaj.

Vrhovni sud je objasnio svoj hladan prijem činjenicom da kršenje Zakona o telekomunikacija ne znači *ipso facto* i kršenje Šermanovog zakona. Sud je takođe naglasio da nije nezakonito da jedna firma iskoristi stečenu monopolsku moć i da je opšte pravilo da monopolista ima pravo da odbije da posluje sa drugim firmama a da izuzetke treba usko tumačiti pri čemu se *Aspen* nalazi "na samoj ili blizu spoljne granice odgovornosti po članu 2."³² Činjenice ova dva slučaja su bitno različite. Tužioci nisu naveli da su bilo kada dobrovoljno poslovali sa tuženim Varizon-om niti da bi na to ovaj ikada pristao da ga nije obavezivao zakon.³³ Zbog nedostatka prethodnog ponašanja ne može se jasno ustanoviti ni njegova namera da se naškodi konkurentu. Drugo, u *Aspen*-u je tuženi odbio da srađuje sa tužiocem i po cenu da mu ovaj isplaćuje maloprodajnu cenu karata, što jasno sugerise njegovu nameru da je računao da će kasnije njegova monopolska cene karte biti viša, dok je Varizon odbio da posluje na bazi administrativno utvrđene cene u veleprodaji baziranoj na troškovima i izračunatoj po određenoj

³¹ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540, U.S. 398 (2004)

³² *Trinko*, 409

³³ *Trinko*, *ibid.*

metodologiji državne agencije, koja i nije bazirana na profitu, te se iz ovoga ne može izvući zaključak o njegovoj nameri da uništi rivale.³⁴ I na kraju treće, proizvod koji je Varizon odbio da iznajmljuje svojim konkurentima bio je nov i nikad nije bio javno dostupan te je mogao biti dostupan rivalima samo na osnovu prinude i po značajnim troškovima za Varizon.³⁵

U pogledu doktrine "osnovnih sredstava" Vrhovni sud je naglasio svoj, u osnovi neprijateljski stav naglasivši da iako je ta doktrina kreirana od strane nekih nižih sudova ona nikada nije bila priznata od strane Vrhovnog suda te ovaj "ne nalazi potrebu niti da je priznaje niti da je opovrgava".³⁶ Izvor ove doktrine koji se nalazi u *Railroad Terminals* i *Associated Press* odnosi se na udružene aktivnosti za razliku od unilateralnog odbijanja poslovanja. Čak i kada bi se priznala životnost ove doktrine, ona se ne bi mogla primeniti u *Trinko* slučaju jer je "neophodan uslov da bi se pozvalo na ovu doktrinu nemogućnost pristupa 'osnovnom proizvodu'; gde postoji pristup, doktrina nema nikakve svrhe."³⁷ Zakon o telekomunikacijama iz 1996. god. nalagao je obezbeđivanje usluge interkonekcije drugim pružaocima usluga na nediskriminatorskim osnovama te tako onemogućavao bilo kakav zahtev baziran na činjenici da usluga u pitanju nije bila dostupna.

I na kraju, ali ne i najmanje značajno iako izraženo u fusnoti 4, Vrhovni sud se osvrnuo na primenu doktrine širenja monopola. Vrhovni sud je naglasio da je za primenu ove doktrine neophodno da se dokaže postojanje „opasne verovatnoće“ monopolizacije sekundarnog tržišta a ne, kako su neki područni sudovi cenili, da širenje monopola predstavlja povredu antimonopolskog prava i kada ne postoji opasnost od monopolizacije sekundarnog tržišta. Ovim je otklonjena nesaglasnost u praksi područnih sudova kada je u pitanju teorija širenja monopola.

Jasno je da je *Trinko* slučaj veoma suzio primenu odbijanja poslovanja kao sredstva monopolizacije. Vrhovni sud je objasnio da iza ovog stava stoji politika primene zakona jer naterati neku firmu da deli svoje resurse koji joj

³⁴ Trinko, *ibid.*

³⁵ Trinko, *ibid.*

³⁶ Trinko, 408.

³⁷Trinko, 411.

daju kompetitivne prednosti je u neskladu sa ciljevima antimonopolskog prava. Obaveza da deli smanjuje zainteresovanost firmi i njihovih rivala da ulažu u razvoj svojih resursa. Prinudno poslovanje takođe zahteva od suda da donosi odluku kada su resursi kompetitivno neophodni i daju preimućstvo kao i po kojoj ceni treba da budu dostupni, što su odluke koje je bolje prepustiti tržištu. I što je još gore, prinudna saradnja između konkurenata može olakšati njihovo protivzakonito sporazumevanje kao "najveće zlo antimonopolskog prava."³⁸

Iako su u post-*Trinko* eri američki sudovi u izuzetno malom broju slučajeva smatrali da je monopolista obavezan da posluje sa konkurentima odbijanje poslovanja i dalje važi kao jedan od mogućih načina monopolizacije. U post-*Trinko* slučajevima niži sudovi su smatrali da zahtevi koji se baziraju na odbijanju poslovanja mogu biti osnovani ukoliko je tuženi monopolista promenio svoje dotadašnje poslovanje, poslova u suprotnosti sa svojim kratkoročnim interesima ili nastojao da monopoliše susedno tržište.³⁹

2.2. Odbijanje licenciranja prava intelektualne svojine

Osnovna premisa američkog prava intelektualne svojine je da vlasnik prava intelektualne svojine nema nikakvu obavezu da ga licencira drugom. Taj princip važi i kada sopstvenik uživa monopolski položaj koji je stekao na osnovu prava intelektualne svojine. Ovaj osnovni princip priznaje i Antimonopolski vodič za licenciranje prava intelektualne svojine koje su 1995. god. zajednički doneli Ministarstvo pravde (DOJ) i Savezna trgovinska komisija (FTC). Član 2.2. ovog Vodiča izričito predviđa da vlasnik prava intelektualne svojine u principu nema nikakvu obavezu da licencira svoje pravo. Međutim, ovaj princip ima svoje granice, jer već u sledećoj rečenici Vodič ističe da prava intelektualne svojine mogu biti (zlo)upotrebljena da bi se naudilo konkurenciji. Nadalje, Vodič uspostavlja obavezu licenciranja u slučajevima kada grupa konkurenata koji poseduju tržišnu moć spaja ili vrši ukršteno licenciranje svojih patenata. Sam Patentni zakon iz 1988. god.⁴⁰ propisuje da odbijanje licenciranja patenta ne sme biti zloupotrebljeno te su

³⁸ *Trinko*, 408

³⁹ *American Cent.E.Texas Gas Co., v. Union Pacific Group*, 93 Ed. Appx. 1, 8 (5th Cir. 2004)

⁴⁰ 35 U.S.C.sec.271(d)(4)

neki sudovi tumačili da se ovo može primeniti i kada su u pitanju antimonopolski zahtevi koji se odnose na licenciranje prava iskorišćavanja patenta.⁴¹

Iako je, prema mišljenju Vrhovnog suda Sjedinjenih Država izraženom u jednom od svojih osnovnih patentnih precedenata, prinudna licenca" retkost našeg patentnog sistema"⁴² to ne znači da se ne primenjuje te da je u nekim slučajevima nije određivana kao mera zaštite konkurencije. Slučajevi u kojima je dosuđivana prinudna licenca prvenstveno su se odnosili na one u kojima je pravo intelektualne svojine stečeno na nezakoniti način, spojeno ili unakrsno licencirano sa konkurentima a često još i praćeno i nekom vrstom predatorskog ponašanja.⁴³ U novije vreme prinudne licence se predlažu u slučajevima koncentracija kao dogovorena mera modifikacije uslova notifikovane koncentracije kada bi spajanje dva ili više preduzeće dovelo da novoosnovana firma kontroliše sva ili skoro sva prava intelektualne svojine na određenom tržištu.⁴⁴ Licenca takođe može biti deo sudske nagodbe u cilju osiguranja da će deo preduzeća koji će se prodati predstavljati jedinicu sposobnu za samostalni opstanak.⁴⁵

2.2.1. Kodak I

Dugo godina su kako američki teoretičari tako i sudska praksa podržavali mišljenje da vlasnik prava intelektualne svojine koje je stečeno na punovažan način, ukoliko nije bio angažovan u nekoj vrsti zloupotrebe, kao što je vezivanje prodaje sa nepatentiranim proizvodom, fiksiranje cena sa nepatentiranim proizvodom ili podnošenje neutemeljenih (lažnih) tužbi zbog

⁴¹ *In re* Independent Serv. Orgs. Antitrust Litig., 203 F.3d 1322 ,1325 (Fed.Cir.2000) *cert.denied*,121 S.ct.1077(2002)

⁴² *Dawson Chem. Co. v. Rohm & Haas Co.*, 448 U.S. 176,215 (1980)

⁴³ Na primer, *Hartford- Empire Co. v. United States* ,323 U.S. 386(1945); *United States v. Aluminium Co. of Am.*, 91 F.Supp. 333(S.D.N.Y. 1950)

⁴⁴ ABA Section on Antitrust Law, 1995 Federal Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property: Comments &Text 50(1996)

⁴⁵ Tako u *United States v. Baroid Corp.*,1994-1 Trade Cas.(CCH) ¶ 70,572(D.D.C. 1994) poravnanje je zahtevalo da tuženi odobri neekskluzivnu licencu kupcu divestirane imovine kako bi korišćenjem prava intelektualne svojine tuženog bio u mogućnosti da proizvodi burgije za bušilice.

povrede patenta ne može biti odgovoran na osnovu povrede člana 2. Šermanovog zakona te shodno tome biti prinuđen na prinudno licenciranje svoga prava.⁴⁶

Kodak I⁴⁷ je prvi spor u kome se Vrhovni sud Sjedinjenih Država izjasnio o obavezi poslovanja sa konkurentskom firmom u oblasti prava intelektualne svojine čime je doduše samo otškrinuo vrata mogućnosti da se vlasnik prava na patent natera da posluje sa konkurentima. Firma Kodak, proizvođač i serviser fotokopir aparata je tužena od strane konkurenata jer je promenila svoj dugogodišnji obrazac distribucije i odbila da isporučuje patentom zaštićene rezervne delove (kao i one koji nisu bili zaštićeni) nezavisnim serviserima svojih fotokopir aparata. Nekih od nezavisnih serviseru su tužili Kodak zbog pokušaja monopolizacije tržišta servisnih usluga širenjem svog monopola sa tržišta rezervnih delova. Slučaj je dospao pred Vrhovni Sud koji u svom mišljenju nije dublje analizirao odnos između antimonopolskog i prava intelektualne svojine. Najvažniji stavovi koji se tiču obaveze poslovanja sadržani su u sažetoj fusnoti 29⁴⁸ ipak su nedovoljno jasni da bi se mogao izvući nedvosmislen zaključak o tome da li vlasnik patenta može biti nateran na osnovu antimonopolskog prava da licencira tehnologiju. Sud je istakao da „moć koja je stečena putem nekih prirodnih ili zakonskih prednosti kao što su patent, autorsko pravo ili pametne poslovne odluke može postaviti pitanje odgovornosti ako prodavac zloupotrebljava dominantan položaj na jednom tržištu da bi proširio svoje poslovno carstvo na drugo.“⁴⁹ Iako je ostalo nejasno da li se u slučajevima odbijanja poslovanja može odrediti prinudna licenca **Kodak I** je uticao na neke odluke nižih sudova koje su sledile.

2.2.2. Data Genaral

Nedugo posle **Kodak I** odluke niži sud (Apelacioni sud prvog područja) je imao priliku da se izjasni o obavezi licenciranja prava intelektualne svojine. U

⁴⁶ P. E. Areeda & H. Hovenkamp, *Antitrust Law*, nav.delo, fusnota gore no. 1, str. 188; James C. Burling, William F. Lee & Anita K. Krug, *The Antitrust Duty to Deal and Intellectual Property Rights*, 24 J. Corp. L. 527, 537

⁴⁷ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc.*, 504 U.S. 451 (1992) (Kodak I)

⁴⁸ **Kodak I**, 479, n.29

⁴⁹ Kodak I, *ibid*

sporu **Data General**⁵⁰, proizvođač kompjutera, Data General, je odbila da licencira autorsko pravo na kompjuterskom programu Grumman-u, nezavisnom provajderu usluge servisa. Ovaj program se inače upotrebljavao za dijagnozu problema DG kompjutera, a DG i Grumman su bili konkurenti na tržištu usluga servisiranja DG kompjutera. Grumman je navodio da odbijanjem licenciranja svog autorskog prava DG protivzakonito monopolíše tržište usluga dok se DG branila da je njeno pravo intelektualne svojine imuno od dejstva antimonopolskog prava. Sud se nije složio da odbijanje da se odobri licenca nikada ne može predstavljati povredu antimonopolskog prava⁵¹ te da odbijanje poslovanja od strane monopoliste nije uvek pro-kompetitivno jer može naneti štetu potrošačima.⁵² Stoga je pretpostavka u korist validnog poslovnog opravdanja za odbijanje da se licencira autorsko pravno oboriva.⁵³ Iako sud nije precizirao situacije u kojima se pretpostavka može oboriti ipak su navedene dve situacije u kojima bi to bilo moguće. Jedna, ako su ispunjeni uslovi prema vodećem precedentu odbijanja poslovanja iz slučaja **Aspen** a druga ako je autorsko pravo stečeno na nezakonit način.⁵⁴ U **Data Genaral** nisu bili ispunjeni uslovi ni jednog ni drugog slučaja te je zahtev Grumman-a odbijen.

2.2.3. Kodak II

Kodak I je vraćen sa Vrhovnog suda na niži sud na suđenje pred porotom. Apelacioni sud za deveto područje je potvrdio stav porote da je Kodak prekršio član 2. Šermanovog zakona odbivši da isporučuje patentirane i nepatentirane rezervne delove za svoje fotokopir aparate. Sud je prihvatajući oborivost pretpostavke validnosti poslovnog opravdanja za odbijanje licenciranja iz **Data Genaral** u **Kodak-u II** dodao da se ova pretpostavka može oboriti i dokazivanjem da je oprvdanje služilo samo kao izgovor. Sud je našao da ciljevi kako antimonopolskog tako i prava intelektualne svojine nisu da se dozvoli monopolisti da se osloni na validno poslovno opravdanje koje

⁵⁰ **Data General Corp.,v.Gruman Sys. Support Corp.**, 36 F. 3d 1147 (1st Cir.1994)

⁵¹ **Data General**, 1187

⁵² **Ibid.**

⁵³ **Ibid.**

⁵⁴ **Data General**, 1188-89.

bi služilo samo kao izgovor za maskiranje antikonkurencijskog ponašanja⁵⁵ te da Kodak-ovi argumenti za validno poslovno opravdanje ne predstavljaju stvarni razlog njegovog ponašanja.⁵⁶ Dokazi za postojanje „izgovora“ nađeni su stanju svesti Kodakov-ih zaposlenih koji su svedočili da im nije pado na pamet patent onda kada su počeli da menjaju poslovnu politiku,⁵⁷ te da Kodak nije pravio razliku između delova zaštićenih patentom ili autorskim pravom i onih koji nisu bili zaštićeni nego je izdao jedinstvenu zabranu prodaje svih rezervnih delova nezavisnim serviserima svojih aparata.⁵⁸

Kodak II odluka naišla je na žestoku kritiku američkih teoretičara kao neopravdano proširenje mogućnosti određivanja prinudne licence izvan slučajeva nezakonite vezane trgovine, nedozvoljenih tužbi zbog povrede prava intelektualne svojine ili nekih drugih zloupotreba patenta.⁵⁹ Takođe, ni svi američki sudovi nisu prihvatili rešenja iz **Kodaka-a II** u cilju rešavanja tenzije između antimonopolskog i prava intelektualne svojine.

2.2.4. *Intergraph i Xerox*

U oba slučaja Apelacioni sud za federalni (D.C.) okrug je odlučio u korist supremacije prava intelektualne svojine. U slučaju **Intergraph**,⁶⁰ u pitanju je bio spor između Intel-a, vodećeg svetskog projektanta, proizvođača i isporučioča mikroprocesora koji se ugrađuju u desktopove kompjutera, laptopove, servere i radne stanice i Intergraph-a proizvođača radnih stanica i jednog od Intelov-ih kupaca. 1993. god. Intergraph je napustio svoje patentirane Clipper mikroprocesore i počeo da ugrađuje u svoje stanice Intel-ove mikroprocesore. Spor je nastao onda kada je Intergraph istakao svoj Clipper patent protiv nekoliko proizvođača Intel-ove opreme. Kada su pregovori propali, Intel je odbio da nastavi da snabdeva Intergraph uzorcima kompjuterskih čipova i tehničkim informacija o novim proizvodima da bi ga

⁵⁵ *Image Technical Servs., Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 125 F.3d 1195, 1219 (9th Cir. 1997) (Kodak II)

⁵⁶ **Kodak II**, 1219-20

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Kodak II, 1219

⁵⁹ Areeda & Hovenkamp, *n. delo*, fusnota gore no. 1, str.190

⁶⁰ *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, 195F.3d 1346 (Fed.Cir. 1999)

naterao da se izvrši unakrsno licenciranje patenata u sporu. Intergraph je isticao da čipovi i tajne tehničke informacije čine neophodnu infrastrukturu (essential facility) koja mu omogućava da uspešno konkuriše na tržištu radnih stanica. Sud je našao da nisu ispunjeni uslovi za primenu doktrine osnovnih sredstava jer Intergraph nije dokazao postojanje odnosa konkurencije na tržištu gde je navodno došlo do monopolizacije što je pretpostavka za primenu ove doktrine ⁶¹ jer Intergraph i Intel nisu koegzistirali ni na jednom od tržišta u pitanju: tržištu mikroprocesora i tržištu grafičkih sistema.⁶² Čak i da je Intergraph planirao da uđe na tržište grafičkih sistema nije postojao dokaz niti čak i sugestija da je Intel imao monopolski položaj na tom tržištu.⁶³ Zbog toga ni po doktrini osnovnih sredstava ni po teoriji širenja monopola Intergraph nije dokazao da je Intel monopolizovao niti nameravao da monopolizuje tržišta na kojima je Intergraph bio prisutan.⁶⁴ Po pitanju licenciranja, sud je našao da antimonopolsko pravo na negira pravo ovlašćenog na patent da isključi druge iz njegovog korišćenja⁶⁵ te držalac patenta koji ga je stekao na zakonit način ne može biti odgovoran po osnovu člana 2. Šermanovog zakona zato što uživa tržišnu moć na osnovu zakonski stečenog prava na patent ako odbija da ga licencira drugom.⁶⁶ Na osnovu člana 271(d)(4) Patentnog zakona sud je zaključio da vlasnik određenog prava nema nikakvu obavezu da ga obezbedi bilo konkurentu bilo klijentu ili snabdevaču.⁶⁷

Iako je u ovom slučaju Apelacioni sud federalnog područja priznao da se doktrina osnovnih sredstava može primeniti i kada je osnovno sredstvo intelektualna svojina on je u ovom slučaju nije primenio jer je cenio da nisu ispunjeni uslovi za njenu primenu. U sporu *Xerox* koji je neposredno sledio ovaj sud je odbio da sledi logiku Apelacionog suda za deveto područje (Kalifornija)

⁶¹ Intergraph, 1357

⁶² *Ibid.*, 1355

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*, 1357-60

⁶⁵ *Ibid.*, 1362

⁶⁶ *Ibid.*, 1362-63

⁶⁷ *Ibid.*

U sporu **Xerox**⁶⁸ činjenično stanje je bilo skoro identično sa onim iz **Kodak II**, ali je odluka Apelacionog federalnog suda za D.C. područje bila dijametralno različita od odluke Apelacionog federalnog suda za deveti okrug (Kalifornija) u slučaju **Kodak II**. U **Xerox**-u, Xerox je odbio da snabdeva nezavisne serviseri rezervnim delovima za svoje printere i fotokopir-aparate ali je dozvolio mogućnost vlasnicima aparata da ih sami kupuju za svoje potrebe. Nezavisni serviseri su tužili Xerox. Prvostepeni federalni sud je našao, a Apelacioni potvrdio, da Xerox-ovo jednostrano odbijanje da licencira ili prodaje patentirane rezervne delove ne predstavlja nezakonito ekskluzivno ponašanje sankcionisano antimonopolskim pravom. D.C. područje je otvoreno odbio da sledi **Kodak II** precedent jer se u njemu traži ocena subjektivne motivacije za odbijanje prodaje ili licenciranja patentiranih proizvoda.⁶⁹ Ipak, pravo isključivanja drugih u iskorišćavanju patenta nije neograničeno.⁷⁰ Stoga se prinudna licenca može odrediti samo ukoliko se dokaže da je patent stečen na nezakonit način ili zloupotrebljen u cilju podizanja neosnovane tužbe zbog povrede patenta čiji cilj nije zaštita prava već želja da se naudi konkurenciji (lažne tužbe) ili je patent upotrebljen kao deo protivzakonite strategije vezanih poslova u cilju proširenja tržišne moći izvan zakonitih granica garantovanih patentom.⁷¹ Stoga, u nedostatku ovih izuzetnih okolnosti subjektivna motivacija je irelevantna pa čak i u onim slučajevima kada bi odbijanje prodaje ili licenciranja moglo imati antkonkurencijski efekat⁷² te je u svim drugim slučajevima koji ne potpadaju pod ove izuzetne okolnosti upotreba prava intelektualne svojine zaštićena od delovanja antimonopolskog prava.⁷³

⁶⁸ *In re Indep.Serv.Org.Antitrust Litig.*, 989 F.Supp.1131 (D.Kan.1997) *aff'd*, 203 F.3d 1322 (Fed.Cir. 2000)(**Xerox**)

⁶⁹ **Xerox**, 1327

⁷⁰ *Ibid.*, 1326

⁷¹ *Ibid.*, 1327-28

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

2.3. Zaključak

Član 2. Šermanovog zakona zabranjuje kako monopolizaciju tako i svaki pokušaj monopolizacije. Ali kao što je već rečeno, monopolizacija kao ni pokušaj monopolizacije nikada nisu bili *per se* zabranjeni američkim antimonopolским pravom već su podvrgnuti *rule of reason* analizi. Pored toga što se mora dokazati da jedna firma poseduje monopolску moć (najmanje 70% udela na geografski i proizvodno definisanom tržištu u slučajevima monopolizacije ili 50% u slučajevima pokušaja monopolizacije) ona mora biti angažovana i u nekoj vrsti predatorskog ponašanja. No ako se sve gore navedeno i dokaže, postoji mogućnost odbrane monopoliste isticanjem valjanog poslovnog opravdanja koje ne bi bilo samo izgovor.⁷⁴

Odbijanje poslovanja sa konkurentskom firmom spada u jednu vrstu predatorskog ponašanja priznatu od strane američkih sudova. Prilikom ocene da li je monopolista protivzakonito odbio da posluje sa konkurentom američki sudovi su primenjivali tri testa.

Prvo, test namere koji se najčešće ispoljavao kroz neopravdanu promenu obrasca ponašanja praćenu namerom da se naškodi konkurentu (*Aspen*) pri čemu po mišljenju američkih sudova ovaj test ne traži da se odbijanje poslovanja sa konkurentom tiče neophodnih osnovnih sredstava niti da mu je cilj monopolizacija susednog tržišta.

Drugi test priznat od strane američkih sudova je test širenje monopola u kontekstu odbijanja poslovanja, pri čemu, kako je naglasio Vrhovni sud u slučaju *Trinko*, za primenu ove doktrine potrebno je dokazati postojanje realne verovatnoće monopolizacije susednog tržišta(kao u slučajevima pokušaja monopolizacije) te da u suprotnom širenje monopola ne bi bilo protivzakonito

Treći test, takozvana doktrina osnovnih sredstava kreirana je od strane nižih sudova te se od njih i primenjuje, iako je Vrhovni sud SAD u slučaju *Trinko* izneo u suštini svoj neprijateljski stav prema ovoj doktrini naglasivši da iako ovu doktrinu primenjuju niži sudovi, Vrhovni sud ne nalazi potrebu niti da je prizna niti da je opovrgne. Kriterijume primene ove doktrine formulisao je Apelacioni sud sedmog područja (Čikago) u slučaju *MCI Communications*

⁷⁴ *United States v. Dentsply International Inc.*, 399F. 3d 181, 194 (3rd Cir. 2005)

identifikujući četiri neophodna elementa: kontrolu osnovnog proizvoda od strane monopoliste, nemogućnost konkurenta da praktično pod razumnim uslovima sam duplira neophodan proizvod, odbijanje monopoliste da konkurentu dopusti upotrebu neophodnog proizvoda i izvodljivost obezbeđenja pristupa konkurentu osnovnog proizvoda. Ne zahteva se dokazivanje dva vertikalno povezana tržišta te je dovoljno je dokazati da su stranke konkurenti čak i na istom tržištu ili bi bili konkurenti da monopolista dozvoljava pristup proizvodu.

Stav Vrhovnog suda Sjedinjenih Država, pored nepriznavanja doktrine osnovnih sredstava, je da prinudno poslovanje sa konkurentom treba da bude najuže tumačeni izuzetak od pravila slobode poslovanja i izbora poslovnog partnera.

Američko pravo gleda sa priličnom rezervom na i na prinudno licenciranje prava intelektualne svojine u kontekstu antimonopolskog prava osim ako se ne radi o teškim zloupotrebama kao što su vezivanje prodaje patentiranih i nepatentiranih proizvoda, fiksiranje cena sa nepatentiranim proizvodima, pritisak na konkurenta neutemeljenim tužbama zbog povrede patenta i sl. Mogućnosti da se uspostavi obaveza poslovanja sa konkurentskom firmom u oblasti intelektualne svojine prvi put je otvorio vrata Vrhovni sud SAD u slučaju *Kodak I* naglasivši da se moć koja je stečena na jednom tržištu putem nekih prirodnih ili zakonskih prednosti kao što su patent, autorsko pravo ili pametne poslovne odluke, ne može zloupotrebljavati da bi se proširila na drugo tržište.

Iako za sada ne postoji precedent Vrhovnog suda u ovoj materiji Američke agencije za izvršenje antimonopolskog prava, Savezna komisija za trgovinu (FTC) i Ministarstvo pravde (DOJ) smatraju da se doktrina osnovnih sredstava može primeniti i kada su u pitanju prava intelektualne svojine. U zajedničkom „Antimonopolskom vodiču za licenciranje prava intelektualne svojine” iz 1995. god. naglašeno je da će agencije primenjivati iste principe za ponašanja koja se tiču intelektualne svojine kao i za ona koja se primenjuju za bilo koja druga svojinska prava na stvarima ili pravima (telesnim ili bestelesnim stvarima).⁷⁵ Tu spadaju unilateralno odbijanje poslovanja od strane nosioca prava intelektualne svojine u slučaju dokazane namere

⁷⁵ Antimonopolski vodič za licenciranje prava intelektualne svojine, §2.1

nanošenja štete konkurenciji kao i primena doktrine osnovnih sredstava u slučaju da su ispunjeni strogi standardi primene ove doktrine.⁷⁶ Što se tiče prakse nižih sudova, ona je u ovim slučajevima bila izrazito neujednačena. Isticanje ekskluzivnosti prava intelektualne svojine kao validnog poslovnog opravdanja za odbijanje poslovanja uglavnom se posmatra kao oboriva pretpostavka. Ovu pretpostavku je moguće oboriti ako su ispunjeni uslovi postavljeni u precedentu *Aspen* (Apelacioni sud prvog područja u *Data General*), uslovi za primenu doktrina osnovnih sredstava ili širenja monopola (Apelacioni sud za D.C. u *Intergaph-u*) te ukoliko je isticanje prava intelektualne svojine bilo samo opravdanje koje je služilo kao izgovor za maskiranje antikonkurencijskog ponašanja (Apelacioni sud devetog područja u *Kodak II*).

2. EVROPSKA UNIJA

Odbijanje poslovanja se u Evropskoj Uniji prvenstveno tretiralo u svetlu doktrine osnovnih sredstava. Iako se dosta ranih slučajeva odbijanja poslovanja⁷⁷ o kojima je odlučivala Komisija i evropski sudovi baziralo na odbijanju poslovanja bez pozivanja na doktrinu osnovnih sredstava u Evropi se, za razliku od Sjedinjenih Država, (gde se odbijanje poslovanja može bazirati na tri ekonomske teorije) smatra da je teorija osnovnih sredstava sjedinjena sa opštom klasom slučajeva gde dominantna preduzeća imaju obavezu snabdevanja.⁷⁸

Za razliku od Sjedinjenih Država, gde doktrina osnovnih sredstava vuče koren iz slučajeva grupnih bojkota, razvoj doktrine osnovnih sredstava u okviru Evropske Unije se često posmatra kao prirodna posledica privatizacije velikih javnih preduzeća i želje da se završi sa dominacijom koja je pratila ove nacionalne gigante. Zapravo mišljenje o dužnosti da se mora omogućiti pristup neophodnoj infrastrukturi odgovara obavezi nepristrasnosti koja se zahteva od javnih preduzeća po osnovu člana 86. Ugovora o udruživanju EU.

⁷⁶ R. Pitofsky, The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law, *n. delo*, fusnota gore no. 27, str.18, 19.

⁷⁷ Opširna lista slučajeva koje je rešavala Komisija pre 1994.god. u : J. T. Lang, Defining Legitimate Competition: Companies' Duty to Supply Competitors and Access to Essential Facilities, *Fordham Int'l L.J.* 439(1994).

⁷⁸ Mišljenje Komisije navedeno prema T. Lang, *ibid*, 446.

Zbog toga, posle privatizacije, otvaranje konkurenciji važnih infrastukturnih objekata može biti jedino moguće ukoliko se novim konkurentima obezbedi slobodan pristup.⁷⁹

2.1 Rani slučajevi

Iako je tek slučajem **Bronner** iz 1998. god. uspostavljen standard primene doktrine osnovnih sredstava to ne znači da ona nije primenjivana i u ranijim slučajevima gde je sud sankcionisao odbijanje poslovanja kao vrstu antikompetitivnog ponašanja. Sud međutim, osim nepostojanja osnovanog opravdanja za odbijanje poslovanja u ovim ranim slučajevima, nije precizirao da li se bi se i neki drugi činiooci morali uzeti u obzir prilikom ocenjivanja da li odbijanje poslovanja ima diskriminatorski karakter, niti se izričito pozivao na doktrinu osnovnih sredstava.

2.1.1. *Commercial Solvents*⁸⁰

U ovom ranom slučaju korporacija Commercial Solvents (CSC) je bila svetski dominantan proizvođač hemijskih sirovina kao što su nitropropan i aminobutanol. Obe hemikalije se koriste u proizvodnji etambutola koji se dalje koristi za proizvodnju lekova protiv tuberkuloze. Zoja, CSC-ov kupac je kupovala hemikalije preko njegovog posrednika Instituto Chemioterapico Italiano (ICI). Krajem hiljadu devetsto sedamdesete CSC je odbio da dalje snabdeva Zoju nameravajući da sam startuje proizvodnju etambutola. Zoja nije mogla da održi proizvodnju i uložila žalbu Komisiji. Komisija je ustanovila povredu člana 82. odredila kaznu i naložila momentalan nastavak snabdevanja. Odluku Komisije je potvrdio Evropski sud pravde navodeći da jedno preduzeće sa dominantnim položajem u pogledu proizvodnje sirovina, budući u mogućnosti da kontroliše snabdevanje proizvođača derivatima, ne može jedino zato što je rešilo i samo da otpočne proizvodnju tih derivata (kao konkurent svojih bivših kupaca) da se ponaša na takav način koji će eliminisati njihovu konkurenciju. U ovom slučaju to bi dovelo do eliminacije jednog od najvećih proizvođača etambutola na zajedničkom tržištu. Ovakav

⁷⁹ D. Ridyard, Essential Facilities and Obligation to Supply Competitors under the UK and EC Competition Law, 8 *E. C. Law Review* 438(1996)

⁸⁰ Joined cases 6-7/73, *Commercial Solvents* [1974] ECR 223

način ponašanja je u suprotnosti sa članom 3(f) i predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja u smislu člana 82. Ugovora o EU.

2.1.2. *United Brands*

Drugi poznati slučaj iz ove materije je čuveni **United Brands**⁸¹ u kome je Komisija našla da je United Brands, odbivši da nastavi isporuku Chicita banana u određenom vremenskom periodu svom danskom distributeru Olesen-u prekršio član 82. Ugovora o EU. Ove isporuke su prekinute jer je Olesen učestvovao u reklamnoj kampanji u korist konkurentskog brenda banana. Pošto je pretrpeo značajnu štetu, Olesen je prijavio United Brands Komisiji koji je odlučila u korist Olesen-a. Evropski sud pravde je po žalbi našao da je United Brands-ova reakcija na navodnu nelojalnost bila preterana te da nije dozvoljeno da preduzeće sa dominantnim položajem prekine da snabdeva dugogodišnjeg distributera sve dok njegove narudžbine ostaju u normalnim okvirima.

2.1.3. *BP*

No nisu sva pozivanja na odbijanje poslovanja ocenjena kao kršenje prava konkurencije EU. Tako u sporu **BP v. Commission**,⁸² BP je tokom naftne krize sedamdesetih značajno smanjio isporuke holandskom kupcu ABG (za 73%) dok je ostalim holandskim kupcima smanjio isporuke za samo 12,7%. Mišljenje Komisije da je BP zloupotrebio dominantni položaj jer je smanjivanje snabdevanja ABG-a imalo diskriminatorski karakter nije naišlo na odobravanje Suda pravde zato što je ABG bio smo povremeni kupac na koga se nije morao primeniti povoljniji tretman koji je primenjivan na tradicionalne kupce. Prema mišljenju Suda, da je BP primenio isti procenat smanjenja isporuka i na ABG, bilo bi dovedeno u pitanje snabdevanje njegovih tradicionalnih klijenata te da obaveza redukcije koja bi bila istovetna za sve klijente u periodu nestašice mora proisticati iz člana 103. Ugovora ili nekog nacionalnog izvora što ovde nije bio slučaj.

⁸¹ Predmet 27/76, **United Brands**, [1978] ECR 207

⁸² Predmet 77/77, **Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij**, [1978] ECR 1513.

2.2. Prve primene doktrine osnovnih sredstava

Prvi period primene doktrine osnovnih sredstava u Evropskoj Uniji je imao za cilj otvaranje konkurencije naročito na onim tržištima gde se radilo o zakonskim monopolima ili nekoj drugoj vrsti državne intervencije ili gde je vlasnik infrastrukture koristio svoj zakonski monopol da bi monopolisao susedno tržište. U svim ovim slučajevima doktrina osnovnih sredstava je odigrala značajnu ulogu u integraciji zajedničkog tržišta. Ipak, u dole prikazanim slučajevima nije se vršila ekonomska analiza stanja na tržištu kao što su moguće alternative, tržišni udeo na sekundarnom tržištu i slično te je izgledalo da jedno preduzeće, samo iz činjenice da ima dominantan položaj mora dozvoliti trećim licima pristup svojoj infrastrukturi što u krajnjoj liniji može obeshrabriti investiranje. Zbog toga se postavila potreba definisanja standarda pod kojima će se primenjivati doktrina osnovnih sredstava što je Evropski sud pravde učinio u slučaju **Bronner**.

2.2.1. Telemarketing

Uslovno prva primena doktrine osnovnih sredstava može se vezati za sredinu osamdesetih i slučaj **Telemarketing**⁸³ gde je sud definisao obavezu poslovanja preduzeća koje poseduje zakonski monopol, ali bez pozivanja na doktrinu osnovnih sredstava. U ovom sporu CLT je upravljao RTL televizijom i posedovao zakonskim monopol televizijske reklame na belgijskom tržištu. Njegova filijala IPB je bila ujedno i njegov ekskluzivni zastupnik za televizijske reklame na tržištima Benelux-a. Poseban način televizijskog reklamiranja je tzv. putem telemarketinga gde oglašivač postavlja oglas koji sadrži telefonski broj koji mogu nazivati potencijalni zainteresovani bilo da bi se informisali o reklamiranom proizvodu ili dobili neke druge informacije. IPB je 1983. god. sklopio ugovor sa Centre Belge putem koga mu je preneo ekskluzivno pravo telemarketinga na RTL televiziji. RTL je objavljivao broj telefona Centre Belge gledaocima a Centre Belge je ustupao svoje linije i operatore oglašivačima i televizijskoj stanici. Kada je ugovor istekao IPB je obavestio oglašivače da će RTL prihvatiti samo one oglase koje sadrže poziv da se telefonira isključivo na njegov telefonski broj.

⁸³ *Centre Belge d'Etudes de Marché – Telemarketing(CBEM) v. SA Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (CLT) and Information Publicité Benelux (IPB)*, Case 311/84, 1985 E.C.R. 3261 [1986] 2 C.M.L.R. 558

Centre Belge se obratio belgijskom sudu koji je zastao sa postupkom i poverio rešenje prethodnog pitanja Sudu pravde. Sud je našao, pozivajući se na **Commercial Solvents** da prodaja vremena za oglase pod uslovom da se može koristiti samo sopstveni telefon čini nedozvoljeno odbijanje poslovanja.⁸⁴ Sud je naglasio da "ovo odbijanje nije bilo opravdano bilo kakvim tehničkim ili komercijalnim uslovima koji se tiču prirode televizije već mu je bila namera da obezbedi da svako emitovanje telemarketinga, kao sporedne aktivnosti firme sa monopolskim položajem, rezerviše samo za sopstvenu firmu sa mogućim ishodom eliminacije svake konkurencije na sekundarnom tržištu od strane drugog preduzeća" te čini zloupotrebu dominantnog položaja.⁸⁵

2.3.2.2. RTT

Naredna sudska odluka je doneta osam godina kasnije u slučaju **RTT v. GB-Inno-BM**⁸⁶ i odnosila se takođe na monopol uspostavljen zakonom Belgije o ustanovljenju i rukovođenju javnim telefonskim i telegrafskim linijama. RTT kao monopolista u oblasti telefonije i telegrafije je osim toga dobio ovlašćenje da odobrava ili povlači dozvole za povezivanje telefonske opreme na mrežu, da postavlja tehničke standarde za opremu i da proverava da li oprema koju proizvode treća lica odgovara specifikacijama koje je sam ustanovio kao i da sam proizvodi i prodaje telefonske aparate. Spor je izbio kada je RTT pokušao da spreči GB-Inno-BM da prodaje svoje neodobrene telefonske aparate. Sud pravde je pozivajući se na **Telemarketing** našao da firma koja poseduje monopol na tržištu ustanovljenja i rukovođenja mrežom, nema pravo da bez objektivne potrebe, rezerviše isključivo za sebe i susedno ali nezavisno tržište, koje je u ovom slučaju bilo tržište uvoza, marketinga, konekcije, nabavke i održavanja opreme za konekciju na svoju mrežu. Na taj način eliminiše se konkurencija drugih preduzeća što čini zloupotrebu dominantnog položaja.⁸⁷ Sud je zaključio da zemlja-članica ne može dozvoliti da jedno preduzeće ima pravo da određuje standarde za telefonsku opremu ili da proverava da li

⁸⁴ **Telemarketing**, para 26

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ **Régie des Télégraphes et Téléphones v. GB-Inno-BM S.A.**, Case C-18/88, [1991] E.C.R. I-5941, [1994] 1 C.M.L.R. 117

⁸⁷ **RTT** para 19

drugi ispunjavaju te standarde ukoliko sama konkuriše sa operaterima na tržištu opreme.⁸⁸

2.2.3. *Port of Rødby*

U naredna dva slučaja koja su se ticala pristupa neophodnoj infrastrukturi u lukama radilo se o dve odluke Komisije. U slučaju ***Port of Rødby***⁸⁹ Komisija je prvi put definisala neophodnu infrastrukturu kao "sredstvo ili infrastrukturu bez koga konkurenti (vlasnika) nisu u stanju da ponude svoje usluge korisnicima".⁹⁰ U ovom slučaju DSB, dansko javno preduzeće je posedovalo i upravljalo lukom Rødby. Stena, drugo preduzeće koje se bavilo feribot prevozom je takođe želela da obavlja prevoz između luka Rødby i Puttgarden, ali mu danska država nije dozvolila da upotrebljava luku Rødby sa obrazloženjem da će to sprečiti firme koje obavljaju prevoz istom linijom da šire svoje aktivnosti te da država ima obavezu da štiti svoje javno preduzeće DSB od konkurenata.⁹¹ Država je takođe odbila zahtev Stene da joj se odobri da izgradi luku u blizini sa obrazloženjem da Stena nije dokazala da postoji nezadovoljena potražnja za feribot uslugama te da je malo verovatno da će se takva potražnja pojaviti. Pozivajući se na ***Telemarketing*** Komisija je našla da „preduzeće koje poseduje ili upravlja neophodnom lučkom infrastrukturuom koja služi za pomorski prevoz ne može, bez objektivnog opravdanja, odbiti da odobri vlasniku broda koji želi da prevozi istim putem prilaz neophodnoj infrastrukturi bez povrede člana 82.”⁹² Iako je odbijanje da se dozvoli pristup Steni moglo biti obrazloženo tehničkim razlozima ili njenom spremnošću da izgradi sopstvenu luku, čime se luka Rødby ne bi mogla kvalifikovati kao neophodna infrastruktura koju je nemoguće duplicirati, nespremnost države da dozvoli da Stena izgradi drugu luku jasno govori da je država učinila nemogućom bilo kakvu konkurenciju od strane Stene.

⁸⁸ *Ibid*, para 28

⁸⁹ Commission Decision 94/119/EC, 1994 O.J. (L055) 52

⁹⁰ Port of Rødby, para 12

⁹¹ *Ibid*, para 16

⁹² *Ibid*.

2.2.4. *Stena Link*

Drugi "lučki" spor iz iste godine *Sea Containers v. Stena Link*⁹³ takođe se odnosio na pristup luci. Stena Link je bila vlasnik i operater luke Holyhead. Jedno od njenih zavisnih preduzeća je obavljalo feribot usluge. Sea Containers je želelo da započne feribot usluge istom linijom ali sa bržim brodom. Stena Link je odlagala pregovore a pošto je žalba već bila predata Komisiji zaključen je i ugovor sa Sea Containers. Bez obzira na ugovor, Komisija je zaključila da je luka neophodna infrastruktura bez druge alternative, da bi prevoz iz druge luke bio duži i skuplji te da gradnja nove luke ne bi bila fizički i ekonomski realna.⁹⁴ Komisija je našla da "preduzeće sa dominantnim položajem u obezbeđenju neophodne infrastrukture i koje samo koristi tu infrastrukturu a odbija da obezbedi drugim firmama pristup infrastrukturi bez objektivnog opravdanja ili ga dozvoljava pod uslovima koji su nepovoljniji nego oni pod kojima ono samo obavlja usluge, čini zloupotrebu dominantnog položaja."⁹⁵

2.2.5. *European Night Services(ENS)*

*European Night Services (ENS)*⁹⁶ je bio poslednji slučaj neophodne infrastrukture pre nego što je sud uspostavio standarde u *Bronner*-u. U ovom slučaju najveća železnička preduzeće iz Velike Britanije, Francuske, Nemačke i Holandije su osnovala *joint venture*, European Night Services (ENS) u cilju obavljanja noćnog železničkog saobraćaja kroz tunel La Manche. Železničke kompanije su se saglasile da obezbede ENS-u železničku prugu kroz tunel, lokomotive i osoblje. Tržišni udeo ENS-a na pravcima koje je održavao iznosio je između pet i osam procenata. Komisija je našla da ovaj ugovor predstavlja povredu člana 81. Ugovora ali je odobrila izuzetak u trajanju od osam godina pod uslovom da stranke učine dostupnim iste železničke usluge, pravce unutar Tunela, lokomotive i posadu i za eventualne konkurente. Prvostepeni evropski sud je po žalbi poništio ovu odluku

⁹³ Commission Decision 94/19/EC, 1994 O.J. (L 015) 8

⁹⁴ *Stena Link*, para 64

⁹⁵ *Ibid*, para 66

⁹⁶ *European Night Services Ltd (ENS) v. Commission*, Joined Cases T-374/94, T-375/94, T-384/94 & T-388/94, 1998 E.C.R. II-3141, [1998] 5 C.M.L.R. 718

Komisije iz niza razloga. Sud je našao da Komisija nije izvršila odgovarajuću i tačnu procenu ograničenje konkurencije prilikom primene člana 81. Ugovora niti su mere koje su predložene adekvatne. Takođe, niti strane iz joint venture niti sam ENS se ne mogu smatrati kao posednici infrastrukture, proizvoda ili usluga koji su neophodni za ulazak na određeno tržište osim u slučajevima da su infrastruktura, usluge ili proizvod nezamenljivi ili ukoliko, zbog troškova i/ili razumnog vremena koje je potrebno za njihovo repliciranje ne postoje razumne alternative dostupne potencijalnim konkurentima koji bi u suprotnom bili isključeni sa tržišta.⁹⁷ Sud je zatim zaključio da taj uslov ne postoji ni u pogledu pravaca, ni lokomotiva, ni posade. Što se tiče pravaca, Direktiva 91/440/EEC je već garantovala pristup potencijalnim konkurentima ENS-a.⁹⁸ U pogledu lokomotiva, odbijanje njihovog snabdevanja teško da bi sprečilo konkurente da uđu na tržište, te malo tržišno učešće ENS-a ne daje osnova da se pretpostavi da može imati uticaja na funkcionisanje i strukturu susednog tržišta i stoga nema svrhe naložiti mu obavezu da snabdeva konkurente osobljem za voz.⁹⁹

2.3. Bronner¹⁰⁰- ustanovljenje standarda primene doktrine osnovnih sredstava

Potrebno je najpre analizirati pravni i ekonomski okvir u kome se odigrao slučaj **Bronner** a koji je usledio posle dva neuspela slučaja primene doktrine osnovnih sredstava u slučajevima **ENS** i **J. Ladbroke** (o kome će kasnije biti reči kada se bude razmatrala primena doktrine osnovnih sredstava kada je u pitanju pravo na intelektualnu svojinu) te se postavilo pitanje postavljanja pravnih standarda za primenu ove doktrine. Prvo, ekonomski okvir ovog slučaja je bio različit - krajem devedesetih već je izvršena značajna integracija zajedničkog tržišta i to više nije bio prioritet prava konkurencije EU. Drugo, radilo se o sporu oko privatnih resursa u okviru jedne zemlje a ne o zaštiti domaćeg tržišta u odnosu na strane konkurente.

⁹⁷ European Night Services Ltd (ENS), para 209

⁹⁸ *Ibid*, para 211

⁹⁹ *Ibid*, para 218

¹⁰⁰ *Oscar Bronner GmbH & Co. v. Mediaprint Zeitungs*, Case C-7/97, 1998 E.C.R. I-7791 [1998] 4 C.M.L.R. 112[1999]

Činjenice slučaja su bile sledeće. Austrijska firma Mediaprint je izdavala dve dnevne novine koje su zajedno imale 46,8% učešća na austrijskom tržištu dnevnih novina u oblasti pretplate i 42% učešća u oblasti prihoda od reklama. Mediaprint je ustanovio nacionalni sistem distribucije novina koji se obavljao u ranim jutarnjim satima. Oscar Bronner je takođe bio izdavač konkurentskih novina čije je učešće bilo 3,6% od ukupne pretplate i 6% od prihoda od reklama sa tendencijom veoma brzog rasta pretplatnika i prihoda od reklama. Mediaprint je odbio da dozvoli Bronner-u pristup ustanovljenoj shemi dostave. Bronner je podneo tužbu nacionalnom sudu tražeći da mu se obezbedi pristup uz razumnu naknadu. Nacionalni sud je obustavio postupak i prethodno pitanje o tome da li Mediaprint-ovo odbijanje poslovanja čini zloupotrebu dominantnog položaja poverio na rešavanje sudovima EU.

Evropski sud pravde je prvo našao da nacionalni sud treba da utvrdi da li sistem distribucije na kućnu adresu čini zasebno tržište ili se mogu uzeti i drugi metodi distribucije kao što su radnje i kiosci, dostava poštom ili regionalna dostava i da li su zamenjivi.¹⁰¹ Zatim je Sud utvrdio da ukoliko nacionalni sud zaključi da relevantno tržište čini shema dostave novina na kućnu adresu onda se može smatrati da Mediaprint poseduje dominantan položaj.¹⁰² Sud je zatim utvrdio tri kriterijuma koja treba uzeti u obzir pri odlučivanju da li odbijanje poslovanja predstavlja nezakonitu zloupotrebu dominantnog položaja. Odbijanje poslovanja je nezakonito:

- 1) ukoliko je verovatno da će dovesti do eliminacije konkurencije;
- 2) ukoliko se odbijanje ne može objektivno opravdati;
- 3) ukoliko je usluga sama po sebi neophodna za nečiji posao odnosno da ne postoji bilo aktuelni bilo budući supstitut.¹⁰³

U slučaju **Bronner** ovi kriterijumi nisu bili zadovoljeni jer su postojali drugi, iako nepovoljniji načini distribucije¹⁰⁴ te nije bilo tehničkih, zakonskih niti

¹⁰¹ **Bronner**, para 34

¹⁰² **Ibid**, para 35

¹⁰³ **Ibid**, para 41

¹⁰⁴ **Ibid**, para 43

ekonomskih prepreka za ustanovljenje alternativnog nacionalnog sistema dostave.¹⁰⁵

Iako se prva dva kriterijum mogu naći i u ranijim slučajevima¹⁰⁶ treći kriterijum je postavio više standarde za primenu doktrine osnovnih sredstava. Činjenica da neko poseduje dominantnu poziciju nije više dovoljna jer infrastruktura mora biti zaista neophodna. Drugo, **Bronner** podrazumeva ocenu i analizu budućih uslova konkurencije na relevantnom susednom tržištu.

2.3.1. *Aéroports de Paris*

Post-Bronner period karakteriše dosta osporavan i kritikovan slučaj ***Aéroports de Paris***¹⁰⁷. U ovom slučaju nije se radilo o apsolutnom negiranju pristupa osnovnoj infrastrukturi već o nametanju različitih uslova korisnicima iste infrastrukture. *Aéroports de Paris* (ADP) je posedovao zakonski monopol upravljanja pariskim aerodromima. ADP je prvo dodelio koncesiju firmi AFS za obavljanje kateringa na aerodromu Orly a zatim i OAT-u, AFS-ovom konkurentu, ali pod povoljnijim uslovima. AFS se žalio Komisiji da ovo predstavlja vrstu diskriminacije te tražio usklađivanje cena. Komisija je našla da je ADP zloupotrebio dominantni položaj rukovodioca pariskih aerodroma da bi nametnuo diskriminatorske cene te da mora primeniti ne-diskriminirajuću shemu komercijalnih cena. Prvostepeni sud i Sud pravde su potvrdili ovu odluku Komisije. ***Aéroport de Paris*** je potvrdio kriterijume razvijene u ***Bronner***-u za determinisanje neophodnosti infrastrukture. Sud pravde je našao da relevantno tržište čini upravljanje infrastruktrom aerodroma i da je pristup toj infrastrukturi neophodan da bi se obezbedile usluge na zemlji¹⁰⁸ te je ADP-ova licenca neophodna da bi se obezbedio pristup na aerodrom.¹⁰⁹ S druge strane, jasno je da ne postoji neka alternativa ADP-ovom odobrenju da se vrše usluge kateringa na aerodromu Orly. U

¹⁰⁵ *Ibid*, para 44

¹⁰⁶ *Commercial Solvents*[1974] E.C.R.na 223,para 25; *Telemarketing*, 1985 E.C.R na 3261,para 26

¹⁰⁷ *Aéroports de Paris v.Commission*,Case C-82/01 P, 2002 E.C.R. I-9297

¹⁰⁸ *Ibid*, para 92

¹⁰⁹ *Ibid*, para 93

pogledu primene druga dva kriterijuma proklamovana **Bronner**-om na ovaj slučaj stvari nisu tako jasne. Što se tiče objektivnog opravdanja odbijanja odobrenja pristupa, ADP ga i nije dao jer ga nije ni bilo, pošto se spor vodio oko navodno diskriminatorskih cena a ne apsolutnog odbijanja poslovanja. U pogledu opravdanja različitih cena nije jasan ekonomski razlog odobrenja nižih cena OAT-u od strane ADP-a (jednake cene dovele bi do većeg profita za ADP) osim neopravdanog favorizovanja OAT-a, (zavisnog preduzeća Air France-a, takođe preduzeća u svojini države). U tom slučaju svakako ne postoji opravdanje za nametanje diskriminatorskih cena koje dovode do remećenja konkurencije. U svim ostalim slučajevima ovakvo rezonovanje Suda dovodi do kontraefekta-pružanja mogućnosti vlasniku infrastrukture da poveća monopolsku rentu tako što bi mu se zabranilo da odobrava niže cene kasnijim korisnicima. Drugo, u pogledu eliminacije konkurencije na sekundarnom tržištu, ADP je isticao da uopšte nije ni učestvovao na tržištu kateringa sa AFS-om i OAT-om ali je Sud bio stanovišta da nije važno samo prisustvo vlasnika na sekundarnom tržištu već efekti zloupotrebe koji pogađaju ovo tržište.¹¹⁰

2.4. Odbijanje licenciranja prava intelektualne svojine

U nekim slučajevima samo po sebi pravo intelektualne svojine može doneti sopstveniku dominantan položaj na tržištu ili monopol. Tada će se postaviti pitanje rešavanja tenzije između prava intelektualne svojine i prava konkurencije te, u svetlu instituta odbijanja poslovanja, i pitanje obaveze sopstvenika prava intelektualne svojine da protiv svoje volje licencira svoje pravo trećim licima. Iako se se prava intelektualne svojine mogu tretirati kao bilo koja neophodna infrastruktura ipak je zbog svoje osetljivosti ovaj odnos uvek imao poseban tretman uz primenu donekle modifikovanih kriterijuma od onih koji su važili za ostale slučajeve.

2.4.1. Renault i Volvo

Prvi slučajevi u kojima su se sudovi trudili da uspostave balans između legitimnih prava sopstvenika prava intelektualne svojine i očekivanja trećih

¹¹⁰ *Ibid*, para 164-165

lica bili su slučajevi **Renault**¹¹¹ i **Volvo**¹¹². U njima su prvi put uspostavljeni osnovni principi koji su regulisali obavezu poslovanja kada su u pitanju prava intelektualne svojine. U oba slučaja, Renault i Volvo su posedovali pravo na dizajn rezervnih delova za kola koja su proizvodili a koje su odbili da licenciraju nezavisnim proizvođačima rezervnih delova(koji su im bili konkurenti na tržištu rezervnih delova). Pošto su Renault i Volvo odbili da im licenciraju pravo da proizvode, uvoze ili prodaju rezervne delove za kola, proizvođači rezervnih delova su se žalili da ovo predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja. Sud je našao da pravo vlasnika zaštićenog dizajna da spreči treća lica da proizvode, prodaju ili uvoze bez njegovog odobrenja proizvode koji su inkorporisani u dizajn čini istinsku suštinu ovog ekskluzivnog prava.¹¹³ Stoga odbijanje da se odobri licenca čak i u zamenu za razuman royalty ne predstavlja samo po sebi zloupotrebu dominantnog položaja.¹¹⁴ Ipak, sud je priznao da u nekim slučajevima mogu biti zloupotrebljena prava intelektualne svojine kada se radi o određenim ponašanjima kao što je arbitrarno odbijanje da se snabdevaju rezervnim delovima nezavisni serviseri čime se želi monopolisati susedno tržište servisnih usluga, fiksiranje cena rezervnih delova na neopravdanom nivou između proizvođača kola i serviseri i odluka da se prestane sa proizvodnjom rezervnih delova za određene modele uprkos činjenici da postoji potreba za njima pošto je dosta automobila tog modela još u saobraćaju.¹¹⁵

2.4.2. Magill

Svakako najpoznatiji slučaj pre **Bonner**-a iz oblasti intelektualne svojine je **Magill**¹¹⁶ gde su prvi put uspostavljeni standardi na osnovu kojih bi se moglo smatrati da odbijanje licenciranja prava intelektualne svojine predstavlja

¹¹¹ *Consorzio Italiano della Componentistica di Ricambio per Autoveicoli and Maxicar v. Régie des Usines Renault*, Case 53/87, 1988 E.C.R. 6039, [1990] 4 C.M.L.R. 265

¹¹² *Volvo v. Erik Vang Ltd*, Case 238/87, 1988 E.C.R. 6211, [1989] 4 C.M.L.R. 122

¹¹³ *Volvo*, 6211 para 8; *Renault*, 6039 para 11

¹¹⁴ *Volvo*, *ibid.*

¹¹⁵ *Volvo*, para 9; *Renault*, para 16

¹¹⁶ *Radio Telefis Eireann(RTE) and Independent Television Publications Ltd(ITP) v. Commission*, Joined Cases C-241/91 P&C-242/91 P, 1995 E.C.R. I-743 [1995] 4 C.M.L.R. 718

zloupotrebu koja može dovesti do prinudne licence. U ovom slučaju, tri TV stanice, ITV, RTE i BBC su emitovale TV program u Irskoj i Severnoj Irskoj. Prema irskom i pravu Velike Britanije stanice imaju autorsko pravo na televizijski program i svaka od njih je publikovala svoj nedeljni televizijski vodič kao i odobravalu besplatnu licencu dnevnim novinama za objavljivanje dnevnog programa. Magill je 1985. god. počeo da objavljuje televizijski vodič koji je sadržao program sva tri emitera. Sva tri emitera su licencirali Magill-u pravo da objavljuje vodič za dnevni program kao i za petak i subotu odnosno za subotu i nedelju iste nedelje. Izdavanje Magill-ovog televizijskog vodiča je trajalo nekoliko meseci ali je zbog jednog spora bilo prekinuto. Magill je posle godinu dana, 1986. god. počeo da izdaje televizijski vodič za čitavu nedelju sa programima sva tri emitera što je predstavljalo kršenje ugovora o licenci. Pozivajući se na autorska prava, emiteri su izdejstvovali sudsku zabranu štampanja vodiča a Magill je uložio žalbu Evropskoj Komisiji koja je našla da su emiteri zloupotrebili svoj dominantni položaj te odredila prinudnu licencu nedelnog programa u korist Magill-a. Prvostepeni evropski sud je potvrdio odluku Komisije¹¹⁷. Sud je definisao relevantno tržište kao tržište lista nedelnih programa i vodiča u kojima su ti programi bili objavljivani i zaključio da su emiteri uživali dominantan položaj na ovom tržištu.¹¹⁸ Sud je zatim ponovio stav iz *Volvo-a* da uživanje nekog ekskluzivnog prava, kao što je to pravo intelektualne svojine, ipak može biti zabranjeno na osnovi člana 82. ukoliko je dominantno preduzeće angažovano u nekoj radnji koja predstavlja zloupotrebu ovog prava. Prvostepeni sud je zatim našao da su emiteri sprečili pojavu novog proizvoda, opšteg nedelnog televizijskog magazina, rezervišući za sebe ekskluzivno pravo da štampaju svaki svoju nedeljnu listu televizijskog programa.¹¹⁹ Na taj način emiteri su upotrebili autorsko pravo na liste programa koje same objavljuju kao deo svoje emitorske aktivnosti da bi osigurali monopol na derivativnom tržištu nedelnih televizijskih vodiča.¹²⁰

¹¹⁷ *Radio Telefis Eireann(RTE) v. Commission*, Case 69/89, 1991 E.C.R. II-485[1991] 4 C.M.L.R. 586; *British Broadcasting Corporation and BBC Enterprises Ltd. V. Commission*, Case T-70/89, 1991 E.C.R. II-535[1991] 4 C.M.L.R. 669 (dalje Radio Telefis Eireann)

¹¹⁸ Radio Telefis Eireann, para 61

¹¹⁹ *Ibid*, para 73

¹²⁰ *Ibid*

Sud pravde je u drugom stepenu potvrdio odluku prvostepenog suda. On je ponovio da u samo u izuzetnim slučajevima vršenje nekog ekskluzivnog prava može predstavljati zloupotrebu.¹²¹ U konkretnom slučaju, zloupotreba se sastojala u činjenici da je odbijanje licenciranja sprečilo pojavu novog proizvoda na tržištu- opšteg nedeljnog televizijskog vodiča. Drugo, odbijanje nije bilo razumno opravdano od strane televizijskih operatera te treće, emiteri su rezervisali za sebe sekundarno tržište nedeljnih televizijskih vodiča isključujući svaku konkurenciju na ovom tržištu tako što su zabranili pristup osnovnim informacijama -u ovom slučaju to je bila sirovina na osnovu koje se vršila kompilacija nedeljnog televizijskog vodiča.¹²²

Ipak, u svojoj odluci Sud pravde nije postavio neko pravilo prema kome bi se upravljalo kada bi se ocenjivalo da li postoji element zloupotrebe u slučajevima odbijanja licenciranja prava intelektualne svojine. Sud pravde se radije odlučio na analizu baziranu na činjenicama.¹²³

2.4.3. J. Ladbroke

Pre-*Bonner* era se kada je u pitanju intelektualna svojina završila sa *J.Ladbroke*¹²⁴ slučajem u kojem je sud imao priliku da iznijansira principe koje je *Magill* ustanovio. U ovom slučaju belgijska firma Ladbroke, koja je posedovala najveći tržišni udeo na belgijskom tržištu klađenja na konjskim trkama se pozvala na *Magill* u cilju dobijanja licence za prenos konjskih trka koje se organizuju u Francuskoj. Činjenice su bile sledeće. Grupa PMU ima isključivo pravo da organizuje klađenje na konjskim trkama u Francuskoj kao i da prodaje televizijsko emitovanje ovih trka. Njeno zavisno preduzeće PMI vrši televizijski prenos trka u Nemačkoj. PMI je pravo televizijskog prenosa licencirao DSV ali uz zabranu da se prenos vrši van teritorije Nemačke.¹²⁵

¹²¹ *Radio Telefís Éireann(RTE) and Independent Television Publications Ltd(ITP) v. Commission*, Joined Cases C-241/91 P&C-242/91 P,1995 E.C.R. I-743 [1995] 4 C.M.L.R. 718, para 50 (dalje Magill)

¹²² *Magill*, para 52-56

¹²³ T. Vinje, The Final Vording on Magill, 6 *Eur. Intell. Prop. Rev.* 297,300(1995)

¹²⁴ *Tierce Ladbroke SA v.Commission*, Case T-504/93,1997 E.C.R.II-923,5C.M.L.R.309(1997) (Ct Frirst Instance) kao i V. Korah,*The Ladbroke Saga*, 3 *Eur. Competition L. Rev.* 169(1998)

¹²⁵ *Ladbroke*, E.C.R.II-923 para 4.

PMU, PMI i DSV su odbili da licenciraju Ladbroke-u pravo prenosa na belgijskom tržištu.¹²⁶ Ladbroke se žalio Evropskoj Komisiji navodeći da su navedene firme odbijanjem licenciranja zloupotrebile svoj monopolski položaj na tržištu. U prilog svojoj tvrdnji naveo je da je tehnički izvodljivo izvršiti prenos uz izvesnu naknadu, da su navedene firme spremne da licenciraju ovo pravo Ladbroke-ovom konkurentu, da je prenos već odobren u Francuskoj i Nemačkoj te da se time sprečava pojava novog proizvoda na tržištu.¹²⁷ Evropska Komisija je odbacila žalbu a Evropski prvostepeni sud je odbio Ladbroke-ovu žalbu na odluku Komisije. Sud je našao da ne postoji obaveza licenciranja prava na prenos jer tuženi uopšte nisu ni prisutni na belgijskom tržištu niti su odobrili licencu bilo kom operateru sa tog tržišta te ni ne postoji diskriminacija na sekundarnom tržištu¹²⁸ niti poremećaj konkurencije na ovom tržištu jer ni ne postoji eksploatacija prava na prenos.¹²⁹ No čak i da su tuženi prisutni na sekundarnom tržištu ovo ne bi bio odlučujući faktor niti bi se mogli biti ispunjeni uslovi iz Magill-a jer pravo na prenos nije neophodno za obavljanje funkcije organizovanja kladenja niti se sprečava pojava novog proizvoda.¹³⁰ Nedostatak prenosa ne sprečava prikupljanje opklada niti je prenos neophodan pošto trke ionako počinju pošto se prikupe opklade.¹³¹ Da nije tako Ladbroke ne bi već zauzimao značajnu poziciju na sekundarnom tržištu.¹³²

Prema uslovima iz *Ladbroke*-a Evropski prvostepeni sud je precizirao da ne postoji obaveza licenciranja ukoliko sopstvenik licence nije prisutan na sekundarnom tržištu ili nije odobrio licencu drugim operaterima na ovom tržištu niti ukoliko onaj koji zahteva licencu već ima dominantan položaj na sekundarnom tržištu.

¹²⁶ *Ibid*, paras 5-9.

¹²⁷ *Ibid*, para 13.

¹²⁸ *Ibid*, para 129.

¹²⁹ *Ibid*, para 130.

¹³⁰ *Ibid*, para 131.

¹³¹ *Ibid*, para 131.

¹³² *Ibid*.

2.4.4. IMS Health

Magill i **Ladbroke** su ostavili otvoreno pitanje da li su ispunjenje tri uslova koja su postavljena u **Magill**-u data alternativno ili kumulativno¹³³ što je konačno rešeno u **IMS Health**-u. IMS slučaj pred evropskim sudovima poticao je iz složenog činjeničnog i procesnog istorijata i radilo se o dve vrste postupaka. Jednog pred nemačkim sudovima koji se ticao intelektualne svojine i drugog pred evropskim sudovima koji se ticao pitanja povrede konkurencije. Činjenice su bile sledeće. IMS Health je firma koja se bavi istraživanjem tržišta i obezbeđuje podatke koji se tiču prodaje farmaceutskih proizvoda u Nemačkoj. Ovi podaci se baziraju na podacima koji se prikupljaju od prodavaca farmaceutskih proizvoda od kojih IMS sačinjava izveštaj po tzv. 1860 "brick" strukturi. Svaki brik predstavlja geografsko područje sa najmanje četiri do pet apoteka. Kako najveći deo farmaceutskih proizvoda prodaju apoteke koje se nalazi blizu doktora koji izdaje recept, ovakva vrsta izveštaja omogućava farmaceutskim firmama da svoju propagandu aktivnost usmere na doktore koji se nalaze u određenim oblastima, odnosno brikovima. IMS je usavršio "brick" strukturu počev od njenog uvođenja a kako je sumnjao da njegovi konkurenti NDC i AzyX prodaju izveštaje koji se takođe baziraju na istoj, 1860 strukturi, tužio ih je sudu za povredu prava intelektualne svojine. Nemački sud je doneo presudu kojom je zabranio da NDC i AzyX upotrebljavaju istu strukturu. NDC je zatim zatražio da mu IMS odobri licencu za korišćenje 1860 strukture ali je odbijen. Zauzvrat, žalio se Evropskoj Komisiji zbog povrede antimonopolskog prava. Evropska Komisija je privremenom merom nametnula licencu IMS-u zbog zloupotrebe dominantnog položaja.¹³⁴ IMS je uložio žalbu predsedniku Prvostepenog evropskog suda koji je suspendovao odluku Komisije¹³⁵ i potvrdio

¹³³ V. Korah, Symposium: The Federal Circuit and Antitrust: The Interface between Intellectual Property and Antitrust: The European Experience, 69 *Antitrust L.J.* 801, 814

¹³⁴ Commission's decision 2002/165/CE od 3 jula 2001, case COMP D3/38.044, **NDC Health v. IMS Health**: interim measures [2002] O.J.L59/18

¹³⁵ First order (provisional stay) od 10. avgusta 2001, Case T-184-01, **IMS Health Inc. v. Commission** [2001] E.C.R.II-2349; [2002] 4 C.M.L.R. 1 [2002] E.C.D.R. 16. Second order od 26. oktobra 2001 Case T-184-01, **IMS Health Inc. v. Commission** [2001] E.C.R.II-3193; [2002] 4 C.M.L.R. 2

suspenziju.¹³⁶ U međuvremenu nemački sud je suspendovao postupak povrede IMS autorskog prava od strane NDC-a i zatražio od Evropskog suda pravde da odgovori na nekoliko prethodnih pitanja u cilju tumačenja člana 82.

Evropski sud pravde je doneo svoju odluku 29. aprila 2004. god.¹³⁷ u kojoj je ponovo naglasio da odbijanje neke firme koja ima monopolski položaj da odobri licencu ne može samo za sebe predstavljati zloupotrebu monopolskog položaja.¹³⁸ Ipak, uživanje ovog ekskluzivnog prava u nekim slučajevima može predstavljati zloupotrebu.¹³⁹ Pošto se kratko osvrnuo na standarde postavljene u *Magill*-u i *Bronner*-u Evropski sud pravde je istakao da su uslovi potrebni da bi se smatralo da postoji zloupotreba dati kumulativno.¹⁴⁰ Odbijanje mora biti takve prirode da onemogućava pojavu novog proizvoda za kojim postoji potencijalna potražnja od strane kupaca, ono treba da je neopravdano i da isključuje konkurenciju na sekundarnom tržištu.¹⁴¹ Sud je potvrdio da moraju postojati dva tržišta: primarno na kome tuženi ima dominantan položaj (struktura 1860 modula) i sekundarno na kome se proizvod ili usluga koriste za proizvodnju drugog proizvoda ili usluge (izveštaj o regionalnim prodajama).¹⁴² Ova dva tržišta se moraju jasno identifikovati¹⁴³ pa makar da je sekundarno tržište samo hipotetičko.¹⁴⁴ Proizvod ili usluga sa primarnog tržišta moraju biti neophodni za proizvod ili uslugu sekundarnog tržišta.¹⁴⁵

¹³⁶ *IMS Health Inc.v.NDC Helth Corp.*, Case C-481/01, 11. april 2002. [2002] 5 C.M.L.R. 1(E.C.J.)

¹³⁷ *IMS Health Inc.v.NDC Helth Corp.*, Case C-481/01, 19. april 2004. [2004]

¹³⁸ *Ibid*, para 34.

¹³⁹ *Ibid*, para 35.

¹⁴⁰ *Ibid*, para 32.

¹⁴¹ *Ibid*, para 38.

¹⁴² *Ibid*, para 42.

¹⁴³ *Ibid*, para 45.

¹⁴⁴ *Ibid*, para 44.

¹⁴⁵ *Ibid*, para 46.

2.4.5. Microsoft

Još pre nego što je Evropski sud pravde doneo **IMS Health** Komisija je 24. Marta 2004. god. donela odluku protiv Microsofta koju je 2007. god. potvrdio Prvostepeni evropski sud.¹⁴⁶ Komisija je našla da je Microsoft prekršio član 82. putem dve vrste aktivnosti i izrekla kaznu od oko 497 miliona EUR. Jedna od nedozvoljenih aktivnosti je bila odbijanje da konkurentima licencira neophodne informacije koje se tiču Windows operativnog sistema koje bi im omogućile da razviju i distribuiraju proizvode koji bi bili konkurenti sa Microsoft-ovim proizvodima a druga je bila vezivanje prodaje PC operacionog sistema sa prodajom Windows Media Player-a. Ostavljajući po strani protivzakonitu vezanu trgovinu, potvrđujući odluku Komisije Prvostepeni evropski sud je ponovio da tri uslova moraju biti zadovoljena da bi se odbijanje licenciranja smatralo zloupotrebom dominantnog položaja: odbijanje se mora odnositi na proizvod ili uslugu koja je neophodna za obavljanje aktivnosti na susednom tržištu; odbijanje mora biti takve prirode da isključuje svaku efektivnu konkurenciju na tom tržištu i odbijanje mora sprečavati pojavu novog proizvoda za kojim postoji potražnja na tržištu. Ukoliko su ovi uslovi zadovoljeni, odbijanje licenciranja može predstavljati zloupotrebu dominantnog položaja ukoliko nije objektivno opravdano.

2.5. Vodič koji se tiče prioriteta Komisije u primeni člana 82. EC ugovora na nedozvoljena ekskluzivna ponašanja od strane dominantnih firmi¹⁴⁷

Vodič je donela Evropska Komisija a pored ostalih ekskluzivnih ponašanja posebno je tretirano i odbijanje poslovanja. Poseban deo Vodiča (članovi 75-90) sumira precedente evropskih sudova u slučajevima **Magill**, **Bronner**, **IMS Health** i **Microsoft**.

Na prvom mestu, Vodič naglašava da u principu, svako preduzeće, bilo dominantno ili ne ima pravo da bira svoje partnere i da raspolaže slobodno

¹⁴⁶ Commission Decision (EC) 53/27 od 24. marta 2004, Case COMP/C-3.37.792, **Microsoft**, 2007 O.J. (L.32), potvrđeno Case T-201/04 R, **Microsoft Corp. v. Commission**, 2007 O.J. (C 269) 80

¹⁴⁷ Communication from the Commission: Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings (2008), formalno usvojen od svih članica EU 9. februara 2009. god.

svojom imovinom.¹⁴⁸ Zbog toga nekritično nametanje obaveze poslovanja, pa i uz pravičnu nadoknadu, može dovesti u pitanje spremnost firme za nove investicije ili inovacije što u krajnjoj liniji može štetiti potrošačima.¹⁴⁹ S druge strane, konkurenti se mogu stimulisati na *free riding* umesto da sami investiraju što takođe šteti potrošačima.¹⁵⁰

Vodič naglašava da odbijanje snabdevanja pokriva široki spektar praksi kao što su odbijanje snabdevanja proizvodima postojećih ili novih klijenata, odbijanje da se licencira pravo intelektualne svojine ili odbijanje da se odobri pristup neophodnoj infrastrukturi ili mreži.¹⁵¹ Pri tome, Komisija ne smatra da je neophodno da je proizvod o kome se radi već komercijalizovan na tržištu već je dovoljno da postoji potreba za njim od strane potencijalnih kupaca i da se identifikuje potencijalno tržište za input u pitanju. Nije potrebno ni da dominantno preduzeće nedvosmisleno odbije da posluje, može biti dovoljno i "konstruktivno odbijanje" čija forma, primera radi može biti neosnovano odugovlačenje ili na drugi način izbegavanje snabdevanja proizvodom kao i nametanje nerazumnih uslova u zamenu za snabdevanje.¹⁵² Takođe, Komisija zajedno sa odbijanjem poslovanja razmatra i tzv. *margin (price) squeeze* do koga dolazi onda kada se firma koja ima dominantni položaj na primarnom tržištu ili u veleprodaji angažuje u dugoročnom podizanju cena koje uništava konkurente na sekundarnom tržištu ili u maloprodaji čime proširuje svoju moć i na sekundarno tržište. Cene koje dominantna firma nameće u veleprodaji (prema troškovima) je približna ili veća nego što je sam daje u maloprodaji (prema troškovima) što čini nemogućim da kupac na veliko plati tu ceni i preproda robu po ceni koja će biti konkurentna ceni dominantne firme u maloprodaji.¹⁵³

Komisija ističe da će se takve prakse razmatrati kao prioritet ako postoje sledeće okolnosti: ako se odbijanje odnosi na proizvod ili uslugu koja je

¹⁴⁸ *Ibid*, para 75.

¹⁴⁹ *Ibid*.

¹⁵⁰ *Ibid*.

¹⁵¹ *Ibid*, para 78.

¹⁵² *Ibid*, para 79.

¹⁵³ *Ibid*, para 80.

objektivno neophodna da bi se moglo biti efektivno konkurentnim na sekundarnom tržištu; ako je verovatno da će odbijanje dovesti do eliminacije efektivne konkurencije na sekundarnom tržištu i ako je verovatno da će odbijanje naneti štetu potrošačima.¹⁵⁴

Nadalje, Komisija objašnjava šta se smatra neophodnim proizvodom ili uslugom- to je proizvod koji nema aktuelni ili potencijalni supstitut na sekundarnom tržištu niti se može duplicirati u doglednoj budućnosti.¹⁵⁵ Pri tome, činjenica da je dominantna firma već snabdevala druge neophodnim inputom (za šta je pretpostavlja se imala interes) pa odbila da to čini ubuduće, izaziva veće podozrenje Komisije nego slučajevi u kojima nije bilo prethodne saradnje.¹⁵⁶

Pod uslovom da se može smatrati da je input u pitanju neophodan, odbijanje poslovanja mora biti takve prirode da eliminiše konkurenciju na sekundarnom tržištu čija verovatnoća će biti veća ukoliko je veći tržišni udeo dominantne firme na sekundarnom tržištu.¹⁵⁷

Prilikom razmatranja uticaja odbijanja poslovanja na potrošače Komisija prethodno balansira da li negativan uticaj odbijanja poslovanja na relevantnom tržištu preteže negativan uticaj nametanja poslovanja konkretnoj firmi.¹⁵⁸ Ukoliko je tako, Komisija razmatra da li odbijanje poslovanja sprečava konkurente da ponude nove ili inoviraju već postojeće proizvode ili usluge za kojima postoji potražnja ili je verovatno da će ovi doprineti tehnološkom napretku.¹⁵⁹ Komisija takođe smatra da odbijanje može dovesti do štete za potrošače i u slučajevima kada su cene na primarnom tržištu regulisane a nisu regulisane na sekundarnom, što može dovesti do situacije da dominantna firma, isključujući konkurente sa sekundarnog tržišta

¹⁵⁴ *Ibid*, para 81.

¹⁵⁵ *Ibid*, para 83.

¹⁵⁶ *Ibid*, para 84.

¹⁵⁷ *Ibid*, para 85.

¹⁵⁸ *Ibid*, para 86.

¹⁵⁹ *Ibid*, para 87.

odbijanjem poslovanja sa njima može iscediti više profita sa sekundarnog tržišta.¹⁶⁰

Na kraju i kada se dokaže postojanje prethodno navedene tri pretpostavke Komisija će uzeti u obzir pozivanje dominantne firme da je odbijanje poslovanja opravdano sa razloga ekonomičnosti. To može biti povraćaj uloženog u investiciju te mogućnost da se nastavi sa investiranjem u budućnosti, uzimajući u obzir rizik od neuspeha projekta te da će prinudna obaveza snabdevanja pogoditi mogućnosti za uvođenje inovacija.¹⁶¹

2.6. Zaključak

Odbijanje poslovanja kao sredstvo nametanja dominacije na tržištu se u Evropskoj Uniji prvenstveno posmatra sjedinjeno sa teorijom osnovnih sredstava. Prve primene ovog instituta u Evropskoj Uniji datiraju od sredine sedamdesetih godina da bi se tokom osamdesetih a naročito krajem devedesetih godina vodećim precedentima Evropskog suda pravde u slučajevima *Magill*, *Bronner* i *IMS Health* postavili i pravni standardi primene ove doktrine. Nesumnjivo da je ova doktrina odigrala značajnu ulogu u otvaranju za konkurenciju naročito u onim slučajevima gde je pristup sekundarnom tržištu zavisio od zakonskog monopola ili druge državne intervencije ili je vlasnik neophodne infrastrukture upotrebljavao zakonom poveren monopol na jednom tržištu da bi ga proširio na drugo tržište. U svim tim slučajevima doktrina osnovnih sredstava je doprinela integraciji zajedničkog tržišta. S druge strane, veoma brzo se shvatilo da nekritična primena ova doktrine može takođe dovesti do štetnih posledica kao što je nespremnost za dalje investiranje ili inoviranje. Stoga su sudovi EU ustanovljenjem standarda primene ove doktrine ograničili njenu primenu. Na prvom mestu, proizvod, infrastruktura ili usluga mora da bude zaista neophodna što znači da nema aktuelni ni potencijalni supstitut na sekundarnom tržištu te da se ne može duplicirati u doglednoj budućnosti (*Bronner*, Vodič, para 81 i 83). Drugo, da će odbijanje poslovanja verovatno dovesti do eliminacije konkurencije na sekundarnom tržištu (*Bronner*, *Magill*, *IMS Health*, Vodič, para 85). Treće, ako je verovatno da će odbijanje poslovanja naneti štetu potrošačima (Vodič para 81 i 86). Prilikom primene

¹⁶⁰ *Ibid.*, para 88.

¹⁶¹ *Ibid.*, para 89.

ovog standarda Komisija balansira da li negativan uticaj odbijanja poslovanja preteže negativan uticaj primoravanje na poslovanje pri čemu uzima u obzir da li odbijanje poslovanja dovodi do sprečavanja konkurenata da ponude nove proizvode ili usluge (**Magill, IMS Health**) za kojima postoji potražnja ili doprinose tehnološkom napretku. Na kraju četvrto, odbijanje poslovanja treba da bude neopravdano. (**Bronner, Magill, IMS Health**, Vodič, para 89). Odbijanje može biti opravdano s razloga ekonomičnosti.

3. SAD I EVROPSKA UNIJA – SLIČNOSTI I RAZLIKE

Ako se ostave po strani opšte razlike koje postoje između pojma monopolske moć(SAD) i dominantnog položaja (EU) kao i da je pravom Sjedinjenih Država zabranjen i tzv. pokušaj monopolizacije, i u jednom i u drugom pravu odbijanje firme koja uživa monopolski ili dominantan položaj da posluje sa konkurentom nije zabranjeno samo po sebi već može predstavljati povredu antimonopolskog prava samo pod izuzetnim okolnostima. Stoga svaki slučaj zahteva detaljnu analizu podvrgnutu *rule of reason* standardima dokazivanja. Na prvom mestu mora se dokazati da firma poseduje monopolsku moć (SAD) ili dominantan položaj (Evropska Unija) na geografski i proizvodno definisanom tržištu. Radnja zloupotrebe monopolske moći ili dominantnog položaja koja se ogleda u odbijanju poslovanja sa konkurentom mora da ispunjava strogo postavljene pravne standarde koji su slično postavljeni u oba prava . Pa i ukoliko se sve ovo gore navedeno dokaže, monopolista se može odbraniti ako dokaže da je imao valjane razloge da odbije da posluje sa konkurentom.

Za razliku od prava Evropske Unije gde se odbijanje poslovanja posmatra sjedinjeno sa teorijom osnovnih sredstava u SAD se odbijanje poslovanja bazira na tri testa : testu namere koji se najčešće ispoljava kroz neopravdanu promena obrasca poslovanja, doktrini osnovnih sredstava i doktrini širenja monopola. Kada su u pitanju prva dva testa nije potrebno dokazivati dva različita, vertikalno povezana tržišta.

Što se tiče doktrine osnovnih sredstava uslovi za njenu primenu su veoma slično postavljeni u oba prava. No za razliku od Evropske Unije, gde su gde se teorija osnovnih sredstava posmatra sjedinjeno sa opštom kategorijom slučajeva odbijanja poslovanja Vrhovni sud SAD je izričito odbio da prizna ili opovrgne ovu teoriju iako su je u praksi primenjivali kako niži sudovi tako i državne agencije za izvršenje antimonopolskog prava. Standardi doktrine osnovnih sredstava postavljeni su u Americi 1983. god. u odluci Apelacionog

suda sedmog područja u *MCI Communications* i preuzeti su u osnovi od strane Evropskog suda pravde 1999. god. u slučaju *Bronner*. Ali, za razliku od prava SAD koje za primenu teorije osnovnih sredstava ne zahteva dokazivanje dva povezana tržišta - stranke mogu biti aktuelni ili potencijalni konkurenti i na jednom istom tržištu, u EU je neophodan uslov primene ove doktrine dokazivanje da odbijanje poslovanja eliminiše konkurenciju na sekundarnom tržištu te se ova teorija primenjuje sjedinjena sa teorijom širenja monopola. Na kraju, ni koreni primene doktrine osnovnih sredstava nisu isti: U SAD ova doktrina vuče koren iz slučajeva grupnih bojkota dok je njen razvoj u Evropskoj Uniji proistekao kao prirodna posledica privatizacije velikih javnih preduzeća i želje da se okonča dominacija koja je pratila ove nacionalne gigante.

Što se tiče odbijanje poslovanja sa konkurentskom firmom kada su u pitanju prava intelektualne svojine u Evropskoj Uniji su se ova prava u suštini tretirala kao i svaka druga neophodna infrastruktura ali je zbog svoje osetljivosti ovaj odnos uvek uživao poseban tretman uz primenu dodatnog kriterijuma koji nije važio za "obične" slučajeve - naime odbijanje licenciranja prava intelektualne svojine da bi bilo nedozvoljeno, pored ispunjenja ostalih kumulativnih uslova, takođe treba i da sprečava pojavu novog proizvoda na tržištu (*Magill, IMS Health, Microsoft*).

Za razliku od prava Evropske Unije, američko pravo je gledalo sa priličnom rezervom na prinudno licenciranje prava intelektualne svojine u kontekstu antimonopolskog prava osim ako se ne radi o teškim zloupotrebama kao što su vezivanje prodaje patentiranih i nepatentiranih proizvoda, fiksiranje cena sa nepatentiranim proizvodima, pritisak na konkurenta neutemeljenim tužbama zbog povrede patenta i sl. Mogućnost da se uspostavi obaveza poslovanja sa konkurentskom firmom u oblasti intelektualne svojine prvi put je pomenuo Vrhovni sud SAD u slučaju *Kodak I* ali bez postavljanja jasnih smernica i kriterijuma. U nedostatku precedenta Vrhovnog suda u ovoj materiji američke agencije za izvršenje antimonopolskog prava smatraju da se doktrina osnovnih sredstava može primeniti i kada su u pitanju prava intelektualne svojine. No bez obzira na stav agencija praksa nižih sudova je u ovim slučajevima bila izrazito neujednačena.

Mirjana Cukavac, Ph.D.*

Refusal to Deal in the USA and EU Antitrust Law

Summary

Although undertakings have the freedom to conclude contracts with whomever they want there are circumstances in which a refusal to supply goods or services or to grant access to a so-called „essential facility" by a dominant undertaking can amount to an abuse of a dominant position.

In the USA refusal to deal is based on three theories: anticompetitive animus—usually demonstrated by a change in existing business practices with a specific intent to harm rivals, essential facilities doctrine and monopolistic leveraging theory.

In the European Union refusal to deal or the essential facilities doctrine has been applied over past thirty years by the European Commission, the Court of First Instance and the European Court of Justice. In addition, the European Commission's recently issued Guidelines on the abuse of dominance endorse the doctrine and sensibly describe its application and limitation. The concept of refusal to deal covers a broad range of practices, such as a refusal to supply products to existing or new customers, refusal to license intellectual property rights or refusal to grant access to an essential facility or a network. These practices constitute an abuse if certain circumstances are fulfilled: product or facility has to be really essential, the refusal is likely to lead to consumer harm, that it is unjustified and such as to exclude any competition on a downstream market.

Keywords: refusal to deal, essential facility, dominant position, antitrust law, monopoly leveraging

* Secretary of the Foreign Trade Court of Arbitration, Belgrade.

PRILOZI - CONTRIBUTIONS

Slobodan ZEČEVIĆ*

UDK: 336.7(4-672 EU)

str. 81-94.

ULOGA EVROPSKE CENTRALNE BANKE U INSTITUCIONALNOM
SISTEMU EVROPSKE UNIJE

Apstrakt

Imajući u vidu ekonomsko ustrojstvo federalne države gde je jedinstveno tržište nadgrađeno jedinstvenom valutom (Sjedinjene Američke Države, na primer), tvorci ugovora o Evropskoj uniji iz Mاستrihta iz 1993. godine ustanovili su program za uvođenje evropske monetarne Unije zasnovane na zajedničkoj evropskoj valuti „evru.“ Prethodno pomenutim ugovorom predviđeno je i osnivanje organa poput Evropske centralne banke i Sistema evropskih centralnih banaka koji su nadležni da upravljaju zajedničkom valutom. Organi monetarne Unije su u ugovoru o Evropskoj zajednici bili odvojeni od drugih glavnih institucija. Prethodno izložen pristup radikalno je promenjen Lisabonskim ugovorom o Evropskoj uniji iz 2009. godine. Naime, u ovom tekstu Evropska centralna banka se navodi u III glavi ugovora o Evropskoj uniji na spisku njenih glavnih institucija uz Evropski parlament, Evropski savet, Savet, Komisiju, Sud pravde i Oračunski sud. Organi Evropske centralne banke su Direktorijum, Savet guvernera i upravni odbor. Evropska centralna banka je po prirodi nadnacionalan,

* Profesor na Evropskom univerzitetu u Beogradu.

nezavisan organ te njeni rukovodioci ne mogu da primaju niti da traže uputstva od institucija Unije, vlada država članica ili drugih organizacija. Ovlašćenja Evropske centralne banke su veoma značajna, i ogledaju se pre svega u njenom pravu da emituje i da određuje visinu kamatnih stopa.

Ključne reči: monetarna integracija; evropska centralna banka, organi evropske centralne banke; sistem evropskih centralnih banaka.

UVOD

1. Razlozi za uvođenje jedinstvene evropske valute

Unutrašnje evropsko tržište je razvojem evropske integracije postalo prostor na kome živi oko 500 miliona potrošača i u okviru kojeg je ostvarena sloboda kretanja robe, ljudi, kapitala i pružanja usluga. Istorijski gledano jedna od poslednjih prepreka procesu evropske ekonomske integracije bilo je postojanje različitih nacionalnih valuta država članica. Uvođenje jedinstvene evropske valute trebalo je da doprinese zaokruživanju procesa ekonomske integracije, ali i da doprinese ostvarivanju sledećih ciljeva.¹ Sa jedinstvenom evropskom valutom nestali bi troškovi konverzije kako za pojedince, tako i za preduzeća. Naime, stanje pre uvođenja jedinstvene valute bilo je takvo da bi pojedinac koji bi u svakoj od država članica menjao 1000 zapadno-nemačkih maraka, platio isti iznos na ime bankarskih provizija. Pored toga, evropska valuta trebalo je da zaštiti pojedince i preduzeća od devalvacija nacionalnih valuta. Imajući u vidu prethodno izneto preduzeća su prilikom izvoznih poslova a u cilju sopstvene komercijalne zaštite uračunavala u cenu proizvoda troškove osiguranja od devalvacije u državi izvoza, što je uticalo na povećanje cena. Dalje, cene robe izražene u jedinstvenoj valuti zbog bolje čitljivosti za potrošače su trebale da pospeše razmenu unutar Unije i povećaju konkurenciju među preduzećima. Na posletku jedinstvena valuta je trebala da ulaganje kapitala na evropsko finansijsko tržište učini atraktivnijim za strane investitore (recimo, američke i japanske penzione fondove), s obzirom da je bilo zamišljeno da evropski novac počiva na zdravim ekonomskim osnovama. Usled povećanja obima stranih ulaganja i količine novca na evropskom finansijskom tržištu stvorili bi se uslovi za odobravanje

¹ S. Marti, V. Ragot, L' euro en poche, *La documentation Française*, Paris 1997, p. 44 ff.

povoljnijih kredita preduzećima, što bi opet posredno doprinelo oživljavanju proizvodnje, investicija i većoj zaposlenosti.

2. Istorijski pregled razvoja monetarne integracije

Izvorno članom 107 ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici iz 1957. godine postavljeno je načelo da "države članice vode svoju politiku u oblasti kursa valute kao problem od zajedničkog interesa". Sa produbljivanjem ekonomske integracije rasla je i potreba za zajedničkom Evropskom monetarnom politikom u cilju obezbeđivanja valutne stabilnosti, koju su ugrožavale monetarne krize (devalvacija franka 1968. i 1969. godine i devalvacija dolara koji više nije imao zlatnu podlogu 1971. godine).² Stoga je na osnovu izveštaja "Werner" 21.3.1972. godine stvorena tzv. "monetarna zmija" u okviru koje su se šest država članica dogovorile da ograniče fluktuacije njihovih valuta jedne prema drugoj u razmeri od $\pm 2,25$ odsto u odnosu na zvaničan kurs. Cilj je bio da se državama članicama nametnu stroge obaveze u monetarnoj sferi ne bi li Zajednica postala područje monetarne stabilnosti. Nešto ambiciozniji i celovitiji pristup monetarnom problemu učinjen je osnivanjem Evropskog monetarnog sistema 15.3.1979. godine. Njime je predviđeno da svaka valuta ima pivot kurs prema evropskoj obračunskoj jedinici "ekiju" kao i marže fluktuacije u odnosu na pivot kurs od kojih država članica ne sme da se udaljava. U cilju održanja sistema osnovan je i fond monetarne solidarnosti tj. "Evropski fond za monetarnu saradnju (EFMS)" čiji je zadatak bio da dodeljuje državama kratkoročnu pomoć u vidu kredita radi stabilizovanja kursa. I pored solidnih rezultata (1989. godine u EMS ulaze španska pezeta, a 1990. godine i britanska funta), Evropskom monetarnom sistemu je zamereno da u suštinu predstavlja područje nemačke marke, jer su ostale države članice morale da vode računa da se njihova valuta ne udalji od kursa ove prve. Dominacija marke je bila prouzrokovana značajem nemačke privrede kao ekonomski najjače, stabilnošću marke, rigoroznom antiinflacionom politikom Bundesbanke itd... Ujedinjenje Nemačke 1989. godine je dovelo do potrebe za većim investiranjem u istočnoj Nemačkoj i inflatornih tendencija protiv kojih se Bundesbanka borila

² L. Cartou, *L' Union européenne*, Dalloz, 2 édition, Paris 1996, p. 526 ff.; Ph. M. Defarges, *Les institutions européennes*, Armand Colin, 3 edition, Paris 1998, p. 118 ff.

povećanjem kamata. Rast kamatnih stopa je pak usporio privrednu aktivnost u čitavoj zapadnoj Evropi.

Stvaranjem „unutrašnjeg tržišta“ putem ukidanja poslednjih barijera za protok robe i kapitala, integrisano Evropsko tržište je postalo jedinstven prostor otvoren prema svetu, što opet znači da je bilo podložno svetskim ekonomskim i monetarnim krizama. Imajući u vidu prethodno izneto za Zajednicu je u ekonomskom smislu bilo najsvrsishodnije rešenje oživljavanje ideje o ekonomskoj i monetarnoj Uniji tj. o stvaranju Evropske centralne banke i jedinstvene evropske valute. U političkom smislu, jedinstvena evropska valuta se smatrala ključnim korakom ka federalizaciji Zajednice koja je trebala da doprinese sprečavanju pojave dezintegracionih tendencija i nacionalizma. Stoga je još na sastanku Evropskog saveta u održanom Madridu od 26 do 27. juna 1989. godine doneta odluka o početku rada na ostvarivanju ekonomske i monetarne Unije.³

Ugovorom o Evropskoj uniji iz Mاستrihta iz 1993. godine bilo je predviđeno da će ekonomska i monetarna Unija da se realizuje u tri faze. Na sastanku Evropskog saveta u Madridu 1995. godine odlučeno je da naziv evropske valute bude „evro.“⁴

Države članice su kroz prizmu ekonomske i monetarne Unije videle način da zadovolje pojedine nacionalne interese.⁵ Tako je Francuska težila Evropi sa jačim identitetom koja bi imala jedinstvenu valutu, zajedničku spoljnu politiku i odbranu, ali se i nadala da će preko svojih predstavnika u Evropskoj centralnoj banci uticati na monetarnu politiku, umesto da se ravna kao do tada prema rigoroznoj politici Bundesbanke. Nemačka je želela da sistem na kome počiva Bundesbanka proširi na ostale države, dok su pak Britanci odbacili proces "federalizacije" i samim tim i jedinstvenu evropsku valutu.

³ L. Cartou, et alia, *L' Union europeenne*, Dalloz, 6 edition, Paris 2006, p. 500.

⁴ Le Monde, lundi 18 decembre, 1995., H. de Bresson, PH. Lemaitre, Les 15 baptisent "euro" la future monnaie unique. Francuskoj je bio bliži naziv "eki", ali na insistiranje kancelara Nemačke Kola koga je podržala većina šefova država ili vlada članica usvojen je naziv "evro."

⁵ M. Defarges, *op. cit.*, p. 121

Ugovorom iz Mاستrihta iz 1993. godine Evropskoj zajednici su dodeljena nova ovlašćenja radi ostvarivanja ekonomske i monetarne Unije. Predviđen je program sa više stanica čiji⁶ je krajnji cilj bio uvođenje jedinstvene evropske valute koja će u potpunosti izbaciti iz opticaja nacionalne valute država članica (marku, franak, liru, pezetu, itd....). Prva pripremna faza, je započela na neformalnoj osnovi pre potpisivanja ugovora iz Mاستrihta i trajala je od 1. jula 1990. do 31. decembra 1993. godine. U ovom razdoblju vršeno je usklađivanje ekonomskih politika država članica i to na sledeći način: usvajanjem zakonskih propisa kojima se obezbeđuje slobodan protok kapitala; zabranom monetarnog finansiranja javnog deficita; ukidanjem obaveznih pozajmica finansijskom sektoru; zabranom davanja državnih garancija za finansiranje javnih subjekata; uspostavljanjem programa koji omogućavaju praćenje usklađenosti ekonomskih politika država članica. U prvoj fazi je osnovan monetarni komitet kao konsultativni organ. Druga faza je trajala od 1. januara 1994. do 31. decembra 1998. godine, a označena je kao predoperativna. U tom razdoblju nastavljeni su napor i ka usklađivanju i smanjivanju javnog deficita država članica i osnovan je Evropski monetarni institut kao embrion buduće Evropske centralne banke. Treća faza je bila operativna, odnosno završna i započela je 01. 01. 1999. godine. U ovoj fazi je "proradio" sistem Evropskih centralnih banaka i Evropska centralna banka i uspostavljena je jedinstvena evropska valuta "**evro**". Uslovi koje su države članice morale da zadovolje da bi učestvovalе u trećoj fazi monetarne Unije su bili strogi. Nivo inflacije nije mogao da bude veći od 1,5 odsto od proseka inflacije triju najuspešnijih država Unije; nivo dugoročnih kamatnih stopa nije mogao da bude veći od 2 poena u odnosu na srednji nivo triju najuspešnijih država; budžetski deficit nije trebalo da prelazi 3 odsto od nacionalnog bruto proizvoda; javni dug je morao da bude manji od 60 odsto u odnosu na bruto nacionalni proizvod. U skladu sa odlukom Evropskog saveta od 02. 05. 1998. godine uslove za učešće u trećoj fazi, monetarne Unije su bile ispunile sledeće države: Francuska, Nemačka, Holandija, Belgija, Luksemburg, Italija, Španija, Portugalija, Austrija, Irska i Finska. Velika Britanija i Danska⁷ nisu

⁶ Ph. Manin, *Les Communautés européennes, L' Union européenne*, Pedone, 2 édition, Paris 1996, p. 106 ff.

⁷ Velika Britanija i Danska su prema ugovoru iz Mاستrihta dobile pravo da naznače da ne žele da učestvuju u trećoj fazi ekonomske i monetarne Unije i pored toga što ispunjavaju tražene kriterijume

učestvovala iz političkih razloga iako su ispunjavale tražene uslove, dok Grčka i Švedska⁸ u to vreme nisu zadovoljavale neke od propisanih kriterijuma.⁹ Grčka je međutim uspela da ispuni tražene uslove i ušla je u zonu evra od 1. januara 2001. godine. Slovenija je uvela evro 01. 01. 2007., a Kipar i Malta su to učinili 01. 01. 2008. godine.¹⁰ Slovačka je ušla u zonu evra 01. 01. 2009. godine, čime je postala 16-a članica „evro-grupe."

Stupanjem treće faze realizacije monetarne Unije na snagu, jednoglasnom odlukom država članica koje u njoj učestvuju, a koja se donosi na predlog Komisije i nakon konsultovanja Evropske centralne banke, određen je nepovratan kurs između valuta država učesnica i kurs *evra* prema nacionalnim valutama. Time je evro postao valuta u pravom smislu te reči, a nacionalne valute njegovi "pododeljci."¹¹ U razdoblju od 1999-2002. godine, nacionalne valute su još uvek bile u opticaju,¹² ali je predviđena mogućnost bezgotovinskog plaćanja u evrima (čekom, kreditnom karticom i na račun). U razdoblju između 01. 01. 2002. i 01. 07. 2002. godine plaćanja su se vršila paralelno u evropskim i nacionalnim novčanicama, s tim što su nacionalne valute postepeno povlačene iz opticaja. Od 01. 07. 2002. godine u opticaju je isključivo evro, s tim što je građanima omogućeno da u bankama još izvesno vreme zamene nacionalne valute za evropsku.

EVROPSKA CENTRALNA BANKA

Imajući u vidu ekonomsko ustrojstvo federalne države gde je jedinstveno tržište nadgrađeno jedinstvenom valutom (Sjedinjene Američke Države, na primer), tvorci ugovora o Evropskoj uniji iz Mاستrihta iz 1993. godine su ustanovili program za uvođenje evropske monetarne Unije zasnovane na zajedničkoj evropskoj valuti „evru." Prethodno pomenutim ugovorom je

⁸ Švedska nije uzela učešća u mehanizmu valutne stabilnosti koji je bio predviđen Evropskim monetarnim sistemom već je ostavila da njena valuta fluktuiira u odnosu na druge evropske valute.

⁹ Ph. M. Defarges, *op. cit.*, p. 122; Ph. Manin, *Les Communautés européennes, L' Union européenne*, Pedone, 4 editon, Paris 1998, p. 130.

¹⁰ <http://www.europa.eu>, 30.10.2008.

¹¹ Ph. Manin (1998), p. 131.

¹² S. Marti, *op. cit.*, p. 10, 11.

predviđeno i osnivanje organa poput Evropske centralne banke i Sistema evropskih centralnih banaka koji su nadležni da upravljaju zajedničkom valutom.¹³ Organi monetarne Unije su međutim bili odvojeni od drugih institucija, a njihova nezavisnost je bila zajamčena kako u odnosu na prethodno pomenute tako i u odnosu na države članice. Tako se u ugovoru o Evropskoj zajednici Evropska centralna banka nije pominjala u III delu ugovora posvećenom institucijama, već u III delu posvećenom politikama Zajednice i to posebno u glavama 2, 3 i 4 vezanim za ekonomsku i monetarnu politiku. Pored toga, statut Evropske centralne banke i Sistema evropskih centralnih banaka je bio regulisan protokolom br. 3 aneksiranim za ugovor o Evropskoj zajednici.

Prethodno izložen pristup je radikalno promenjen Lisabonskim ugovorom o Evropskoj uniji iz 2009. godine. Naime, u ovom tekstu Evropska centralna banka se navodi u III glavi ugovora o Evropskoj uniji na spisku njenih glavnih institucija uz Evropski parlament, Evropski savet, Savet, Komisiju, Sud pravde i Obračunski sud.¹⁴

Evropska centralna banka je počela sa radom sa stupanjem na snagu treće faze ostvarivanja ekonomske i monetarne Unije 1. 1. 1999. godine, onako kako je i bilo predviđeno ugovorom iz Mاستrihta.¹⁵ U prethodnim pripremnim fazama od decembra 1993. do 31. 12. 1993. godine ulogu specijalizovanog monetarnog organa imao je Evropski monetarni institut, koji je ukinut sa stupanjem u funkciju Evropske centralne banke. Sedište Evropske centralne banke nalazi se u Frankfurtu, u Nemačkoj.¹⁶

Organi Evropske centralne banke su direktorijum, Savet guvernera i upravni odbor.

¹³ Ph. Manin, *L' Union europeenne*, Pedone, N 6, Paris 2005, p. 323.

¹⁴ Član 13 ugovora o Evropskoj uniji.

¹⁵ L. Cartou *et alia* (2006), p. 507; Ph. Manin (2005), p. 323.

¹⁶ Ph. Manin (2005), p. 327.

2.1. Organi Evropske centralne banke

2.1.1. Direktorijum

Direktorijum Evropske centralne banke čine predsednik, potpredsednik i četiri člana koje imenuju zajedničkim dogovorom šefovi država ili vlada članica zone „evra“, na preporuku Saveta, a po konsultovanju Evropskog parlamenta i Saveta guvernera Evropske centralne banke.¹⁷ Članovi direktorijuma moraju da budu državljani država članica kojima je evro nacionalna valuta. Članovi se biraju na osam godina (mandat nije obnovljiv) u funkciji profesionalnog iskustva i stručnosti u oblasti bankarstva i finansija.¹⁸ Članovi direktorijuma se smenjuju isključivo odlukom Suda pravde, a po zahtevu Saveta guvernera ili direktorijuma. Predsednik Direktorijuma predsedava Savetom guvernera Evropske centralne banke i pozvan je da učestvuje u radu Saveta (bez prava glasa) kada ovaj odlučuje o pitanjima vezanim za Sistem evropskih centralnih banaka.¹⁹ Iz prethodno iznetog proističe, da predsednik Direktorijuma zapravo ima ulogu predsednika banke.

Imenovanje predsednika Evropske centralne banke je za države članice isto toliko važno kao i imenovanje predsednika Komisije.²⁰ Međutim, postupak imenovanja predsednika Evropske centralne banke je u potpunoj nadležnosti država članica, bez prava učešća Evropskog parlamenta.

Direktorijum je zadužen za operativno rukovođenje bankom u skladu sa pravcima delovanja u oblasti monetarne politike koje je odredio Savet guvernera.²¹ Direktorijum daje uputstva nacionalnim centralnim bankama.

¹⁷ Nekadašnji član 112 stav 2 ugovora o Evropskoj zajednici. Sadašnji član 283 stav 2 ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

¹⁸ Nekadašnji član 112 stav 2 b ugovora o Evropskoj zajednici. Sadašnji član 283 stav 2 ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

¹⁹ Predsednik Evropske centralne banke je francuz Žan Klod Triše.

²⁰ Ph. Manin (2005), p. 326.

²¹ L. Cartou *et alia* (2006), p. 508.

2.1.2. Savet guvernera

Savet guvernera Evropske centralne banke je njen rukovodeći organ sačinjen od rukovodioca Evropske centralne banke (direktorijuma) sjedne i od guvernera Centralnih banaka država članica koje su usvojile evro kao zajedničku valutu s druge strane.²² Savet guvernera odlučuje po pravilu prostom većinom glasova, dok je za kvorum potrebno prisustvo dve trećine njegovih članova. U slučaju podele glasova odlučuje glas predsednika Evropske centralne banke. Zbog pristupanja država članica čija je ekonomska snaga slaba, a da bi se sprečila mogućnost da ove preglasaju ekonomski najjače članice Unije, Savet okupljen na nivou šefova država ili vlada članica Evropske unije je 21. 03. 2003. godine usvojio odluku koja treba da promeni način glasanja u okviru Saveta guvernera.²³ Novi sistem predviđa složen model stvaranja manjih skupova država članica sastavljenih u funkciji visine njihovog bruto nacionalnog proizvoda. Zatim je predviđena rotacija u pogledu korišćenja prava glasa između prethodno pomenutih skupova, dok članovi direktorijuma imaju stalno pravo glasa. Predsedavajući Saveta i jedan član Komisije mogu da prisustvuju sednici Saveta guvernera bez prava učešća u odlučivanju.

Savet guvernera određuje monetarnu politiku i utvrđuje operacije u cilju njenog sprovođenja. Ove operacije zatim izvršava direktorijum Evropske centralne banke.²⁴ Iz prethodno iznetog izvodi se zaključak da Savet guvernera odlučuje o visini kamatnih stopa. U vezi sa ovim pitanjem su moguće tenzije između onih članova Saveta guvernera koji su za podizanje kamatnih stopa u cilju borbe protiv inflacije i onih koji bi naprotiv, da spuste kamate u cilju oživljavanja privredne aktivnosti.²⁵

²² Član 283 stav 1 ugovora o funkcionisanju Evropske unije; L. Cartou, et alia, *L' Union européenne*, Dalloz, 6 edition, Paris 2006, p. 509.

²³ Ph. Manin (2005), p. 326. Odluka o kojoj je reč je ratifikovana u državama članicama i stupila je na snagu 1.6.2004. godine. Za njenu primenu potrebno je da 15 država članica uđe u zonu evra. Za sada ih ima 13.

²⁴ L. Cartou *et alia* (2006), p. 509; Ph. Manin (2005), p. 325.

²⁵ S. Marti, V. Ragot, *op. cit.*, p. 59.

2.1.3. Upravni odbor Evropske centralne banke

Pored navedenih organa, statut Evropske centralne banke predviđa i uspostavljanje upravnog odbora banke koga čine predsednik, potpredsednik banke i svi guverneri Nacionalnih centralnih banaka država članica.²⁶ Upravni odbor ima zadatak da doprinese ostvarivanju ciljeva Evropske centralne banke. U praksi osnovni zadatak upravnog odbora je da ispita ekonomsko stanje u državama članicama koje ne učestvuju u trećoj fazi monetarne Unije i da o tome dostavi izveštaj Savetu. Na osnovu ovog izveštaja, doneće se eventualna odluka o uključivanju države koja je pod režimom odstupanja u monetarnu Uniju.

2.2. Nadležnost Evropske centralne banke

Evropska centralna banka je po svom statusu nadnacionalni organ u institucionalnom sistemu Evropske unije. Radi se o banci koja ima status pravnog lica,²⁷ sopstveni kapital, službenike i nadležnost za usvajanje pravne regulative (uredbe, odluke, preporuke i mišljenja).²⁸ Kapital Evropske centralne banke čine sredstva u visini od 5 milijardi evra koja su uložile nacionalne centralne banke, u skladu sa prethodno utvrđenim kriterijumima, a koji zavise od visine bruto nacionalnog proizvoda.²⁹

Evropska centralna banka je po prirodi nezavisan organ te njeni rukovodioci ne mogu da primaju niti da traže uputstva od institucija Unije, vlada država članica ili drugih organizacija.³⁰ Unija i vlade države članica su dužne da ne vrše pritisak na Evropsku centralnu banku.

Ovlašćenja Evropske centralne banke su veoma značajna, i ogledaju se pre svega u njenom isključivom pravu da emituje i daje odobrenja za emisiju

²⁶ Ph. Manin (2005), p. 327.

²⁷ Nekadašnji član 107 ugovora o Evropskoj zajednici. Sadašnji član 282 stav 3 ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

²⁸ Ph. Manin (1998), p. 227; L. Cartou *et alia* (2006), p. 510.

²⁹ L. Cartou *et alia* (2006), p. 510.

³⁰ Nekadašnji član 108. Ugovora o Evropskoj zajednici. Sadašnji član 282 stav 3. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

novca nacionalnim centralnim bankama.³¹ Evropska centralna banka emituje jedinstvenu valutu potpuno nezavisno u odnosu na političku vlast i nacionalne banke država članica. Ona je ključna institucija koja bi trebalo da jemči stabilnost cena, što znači da je prinuđena da podiže kamatne stope u slučaju inflatornih tendencija.³² Međutim, treba imati u vidu da i pored toga što je monetarna vlast u rukama Evropskih organa, drugi segmenti ekonomske politike i dalje ostaju u nadležnosti država članica kao što je recimo, budžetska potrošnja (mada ne treba zaboraviti Evropska pravila u pogledu budžetskog deficita kao i "pakt o stabilnosti i razvoju").

SISTEM EVROPSKIH CENTRALNIH BANAKA

Sistem Evropskih centralnih banaka čine Evropska centralna banka i Centralne banke država članica čija je nacionalna valuta evro.³³ U vezi sa prethodno iznetim potrebno je imati u vidu da je Evropska centralna banka organ Evropske unije a da su nacionalne centralne banke ostale nacionalni organi. Stoga je ugovorima o osnivanju predviđeno postojanje Sistema evropskih centralnih banaka koji nije organ u pravom smislu te reči, već predstavlja strukturu kojom se omogućava integrisanje nacionalnih centralnih banaka u sistem Evropske unije.³⁴ Stvaranjem monetarne Unije, monetarna politika je izašla iz sfere nacionalne nadležnosti i ušla u polje nadležnosti Evropske centralne banke pod čijom vlašću su i centralne banke država članica.³⁵ U tom smislu nacionalne centralne banke su dužne da deluju u skladu sa uputstvima Evropske centralne banke, kao i da dostave Savetu guvernera Evropske centralne banke sva tražena obaveštenja, jer prema njemu ne važi načelo "bankarske tajne". Nacionalne centralne banke mogu da nastave sa vršenjem funkcija u okviru svojih država, ali samo ako one nisu u suprotnosti sa ciljevima Sistema evropskih centralnih banaka.

³¹ Nekadašnji član 106. Ugovora o Evropskoj zajednici. Sadašnji član 282 stav 3 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

³² S. Marti, V. Ragot, *op. cit.*, Paris 1997, p. 58.

³³ Nekadašnji član 107. Ugovora o Evropskoj zajednici. Sadašnji član 282 stav 1. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije; Ph. Manin (2005), p. 324.

³⁴ Ph. Manin (1998), p. 227.

³⁵ S. Marti, V. Ragot, *op. cit.*, p. 57.

Status Nacionalnih centralnih banaka je regulisan nacionalnim normama, s tim što se određena pravila Unije odnose i na ovu oblast. Tako je određeno da su:³⁶

Nacionalne centralne banke nezavisne u odnosu na političku vlast u svojim državama.

Guverneri Nacionalnih centralnih banaka pravno zaštićeni. Guverner ne može da bude smenjen za vreme trajanja mandata koji iznosi 5 godina, sem u slučaju ozbiljne greške u radu ili ako više ne ispunjava uslove za obavljanje dužnosti. Smenjeni guverner ili Savet guvernera Evropske centralne banke može da prosledi odluku o smenjivanju Sudu pravde koji proverava njenu valjanost. Ovo praktično znači da Sud proverava ispravnost nacionalnih pravnih akata što predstavlja novinu u komunitarnom sistemu.³⁷

Prema članu 282 stav 2 ugovora o funkcionisanju Evropske unije najvažniji cilj Sistema evropskih centralnih banaka je da održi stabilnost cena. Organ o kome je reč vodi kursne operacije, drži i upravlja zvaničnim kursnim rezervama država članica i stara se o funkcionisanju sistema plaćanja.

Prilikom vršenja svojih nadležnosti Evropska centralna banka i nacionalne centralne banke mogu da obavljaju sledeće operacije.³⁸ Prethodno pomenute imaju pravo da otvaraju račune kreditnim i javnim ustanovama kao i ostalim učesnicima na finansijskom tržištu. Pored toga iste mogu da kupuju i prodaju finansijske proizvode ili dragocene metale kao i da pozajme ili pozajmljuju sredstva. Evropska centralna banka je nadležna da nametne kreditnim ustanovama polaganje obavezne rezerve kod nje same ili kod nacionalne centralne banke, u funkciji monetarne politike koju sprovodi.

Ugovorima iz Lisabona iz 2009. godine nije suštinski menjan položaj Evropske centralne banke. Ipak, predviđeno je da Evropska centralna banka i nacionalne centralne banke čija je valuta evro čine "Evro-sistem" i vode monetarnu politiku Unije.³⁹ Ugovori iz Lisabona i dalje predviđaju postojanje

³⁶ Ph. Manin (2005), p. 324 i 325.

³⁷ Ph. Manin (1998), p. 226.

³⁸ L. Cartou *et alia* (2006), p. 513.

³⁹ Član 282 stav 1. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

Sistema evropskih centralnih banaka kojim zapravo rukovode organi Evropske centralne banke.⁴⁰

Evropska centralna banka i Sistem evropskih centralnih banaka imaju potpunu nadležnost da vode evropsku monetarnu politiku, te njihove odluke imaju odlučujući uticaj na odnos kursa evra prema drugim "velikim međunarodnim" valutama kao i na ekonomske tokove unutar Evropske unije.⁴¹ S obzirom da je stepen privrednog rasta u Evropskoj uniji od 2003. godine bio niži nego u Sjedinjenim Američkim Državama i Velikoj Britaniji, predsjednik Evropske centralne banke i njen Savet guvernera su bili na meti kritika jer su sprovodili restriktivnu monetarnu politiku visokih kamatnih stopa. Evropska centralna banka je pak smatrala da je održanje stabilnosti cena u skladu sa nekadašnjim članom 105. ugovora o Evropskoj zajednici osnovni cilj Sistema evropskih centralnih banaka. Prethodno pomenuti cilj je predviđen i ugovorom o funkcionisanju Evropske unije iz Lisabona.⁴²

Zaključna razmatranja

Tok evropske integracije u ekonomskoj sferi započeo je potpisivanjem ugovora o osnivanju Evropske zajednice za ugalj i čelik u Parizu 1951. godine, a zatim i ugovora o Evropskoj ekonomskoj i Zajednici za atomsku energiju u Rimu 1957. godine. Oblast ekonomije bila je najpogodniji teren za pokretanje integracionih procesa, jer je doprinosila razvoju ratom opustošenih evropskih država dok je istovremeno u manjoj meri ugrožavala državni suverenitet. Institucionalni model predviđen ugovorima o osnivanju Zajednica trebalo je da zadovolji dva po prirodi suprotstavljena cilja. Da se ustanove institucije ujedinjene Evrope nadležne u različitim oblastima privrednog i društvenog života koje bi bile u stanju da efikasno donose odluke, a da se pri tome ne obezvlaste i ne marginalizuju stare evropske države i nacije.

Osnovni institucionalni četvorougao uspostavljen ugovorom o Evropskoj ekonomskoj zajednici iz 1957. godine, koga su činili Evropski parlament i Komisija kao nadnacionalni, Savet ministara kao međudržavni i Sud pravde

⁴⁰ Član 282 stav 2. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

⁴¹ Ph. Manin (2005), p. 328.

⁴² Član 282 stav 2. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

kao sudski organ postoji i u današnjoj Evropskoj uniji. Međutim, sistem o kome je reč je u proteklom vremenu bio podvrgnut periodičnim reformama koje su dovele do njegovog evoluiranja. U tom kontekstu može da se posmatra širenje nadležnosti Zajednice/ Unije na monetarnu oblast. Evropska unija je ustanovila jedinstvenu valutu kojom rukovodi Evropska centralna banka a koja je postala konkurentska valuta američkom dolaru na svetskim finansijskim tržištima. Stvaranjem monetarne Unije, monetarna politika je izašla iz sfere nacionalne nadležnosti i ušla u polje nadležnosti Evropske centralne banke pod čijom vlašću su i centralne banke država članica. Evropska centralna banka je po prirodi nadnacionalan, nezavisan organ te njeni rukovodioci ne mogu da primaju niti da traže uputstva od institucija Unije, vlada država članica ili drugih organizacija. Ovlašćenja Evropske centralne banke su veoma značajna, i ogledaju se pre svega u njenom pravu da emituje i daje odobrenja za emisiju novca nacionalnim centralnim bankama, da vodi politiku kursa i određuje visinu kamatnih stopa. Dakle, u kako u oblasti ekonomije uopšte tako i u monetarnoj sferi jasno je izražena tendencija ka federalizaciji institucionalnog sistema Evropske unije. Ipak, reč je o specifičnom evropskom procesu federalizacije. Naime, Evropska unija dozvoljava državama članicama da suvereno odluče da li će da učestvuju u integracionim procesima i zajedničkim programima od suštinske važnosti kao što je monetarna Unija, što je opet nezamisliv nivo dezintegracije sa stanovišta klasične federalne države.

Sanja JELISAVAC - TROŠIĆ
Mina ZIROJEVIĆ- FATIĆ*

UDK: 7.05
005.53:67(4)
str. 95-101.

ŽENEVSKI AKT I INDUSTRIJSKI DIZAJN¹

Apstrakt

Ženevski akt Haškog sporazuma o međunarodnoj registraciji industrijskog dizajna usvojen je 2. jula 1999. godine na diplomatskoj konferenciji u Ženevi. Uspostavljanje veze između sistema komunitarnog dizajna i međunarodnog registracionog sistema iz Ženevskog akta omogućuje dizajnerima da podnošenjem jedne jedinstvene međunarodne prijave dobiju zaštitu u zemljama EU i u zemljama potpisnicama Ženevskog akta.

Ključne reči: Industrijski dizajn, komunitarni dizajn, Svetska organizacija za intelektualnu svojinu, Evropska zajednica, intelektualna svojina.

* 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 – spoljnopolitički, 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.

1. Svrha

Haškim sporazumom o međunarodnom prijavljivanju industrijskih uzoraka i modela od 1925. godine, ustanovljen je sistem međunarodnog prijavljivanja i registrovanja dizajna kojim je omogućeno da se na osnovu jedne međunarodne prijave dizajna ostvari zaštita dizajna u više zemalja odjednom, uz minimalne formalnosti i troškove.² Haški sporazum o međunarodnom prijavljivanju industrijskih uzoraka i modela od 1925. godine je zamenjen tzv. Londonskim aktom iz 1934. godine i Haškim aktom iz 1960. godine.³ Na diplomatskoj konferenciji u Ženevi održanoj 2. jula 1999. godine, pod pokroviteljstvom Svetske organizacije za intelektualnu svojinu, a na kojem je učestvovala i Evropska zajednica, usvojen je novi akt Haškog sporazuma – Ženevski akt Haškog sporazuma o međunarodnoj registraciji industrijskog dizajna (Ženevski akt). Tako, sada postoje tri važeća dokumenta Haškog sporazuma i to Londonski akt iz 1934. godine, Haški akt iz 1960. godine i Ženevski akt iz 1999. godine. Međutim, postoji tendencija da, sa pristupanjem država članica Londonskog i Haškog akta novom Ženevskom aktu, postojeći Londonski i Haški akt prestanu da važe. Sistem komunitarnog dizajna i međunarodni registracioni sistem koji je uspostavljen Ženevskim aktom su komplementarni. Sistem komunitarnog dizajna obezbeđuje kompletan i unifikovan sistem registracije regionalnog dizajna koji obuhvata celu teritoriju Evropske zajednice. Uspostavljanje veze između sistema komunitarnog dizajna i međunarodnog registracionog sistema pod Ženevskim aktom bi omogućilo podnosiocima molbe za registraciju industrijskog dizajna da dobiju, kroz jednu jedinstvenu međunarodnu prijavu, zaštitu u zemljama Evropske unije i u zemljama potpisnicama Ženevskog akta. To će imati niz pozitivnih efekata, kao što su promocija harmonizovanijeg razvoja ekonomskih aktivnosti, eliminisanje distorzija u konkurenciji, smanjivanje troškova i podizanje nivoa integracije i funkcionisanja na unutrašnjem tržištu.

² S. Jelisavac, *Intelektualna svojina – međunarodna trgovina pravima intelektualne svojine*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd 2006, str. 108.

³ V. Besarović, B. Žarković, *Intelektualna svojina – međunarodni ugovori*, Dosije, Beograd 1999, str. 441.

2. Mere EU

"Ženevski akt Haškog sporazuma o međunarodnoj registraciji industrijskog dizajna" (Geneva Act of the Hague Agreement concerning the international registration of industrial designs of 2 July 1999). "Odluka Saveta od 18. decembra 2006. godine o odobrenju pristupa Evropske Zajednice Ženevskom aktu Haškog sporazuma o međunarodnoj registraciji industrijskog dizajna", (Council Decision of 18 December 2006 approving the accession of the European Community to the Geneva Act of the Hague Agreement concerning the international registration of industrial designs, Geneva, 2 July 1999).

3. Sadržaj

Ženevski akt Haškog sporazuma o međunarodnoj registraciji industrijskog dizajna se sastoji od uvodnih odredbi i četiri glave. U uvodnim odredbama date su definicije osnovnih pojmova, potvrđena je obaveza poštovanja odredbi Pariske konvencije za zaštitu industrijske svojine koje se odnose na industrijski dizajn i istaknuto je da odredbe Ženevskog akta nisu smetnja za primenu propisa koja daju veća prava. Svako lice koje je državljanin države koja je ugovorna strana ili države koja je članica međuvladine organizacije koja je ugovorna strana, ili ima prebivalište, ili stvarno i ozbiljno preduzeće na teritoriji ugovorne strane ima pravo da podnese međunarodnu prijavu. Međunarodna prijava može da se podnese direktno Međunarodnom birou ili indirektno preko zavoda ugovorne strane podnosioca prijave. Međunarodni biro registruje svaki industrijski dizajn koji je predmet međunarodne prijave neposredno posle prijema međunarodne prijave ili, u slučaju poziva na ispravku, neposredno posle prijema potrebnih ispravki. Datum međunarodne registracije je datum podnošenja međunarodne prijave. Međunarodni biro objavljuje međunarodnu prijavu i šalje primerak objave međunarodne registracije svakom naznačenom zavodu. Ta objava mora da se u svim ugovornim stranama smatra dovoljno javnom i od nosioca ne sme da se zahteva nikakva druga javnost. Međunarodni biro čuva u tajnosti svaku međunarodnu prijavu i svaku međunarodnu registraciju do objave. Kad uslovi za priznanje zaštite po zakonu neke naznačene ugovorne strane nisu ispunjeni za neki ili sve industrijske dizajne koji su predmet međunarodne registracije, zavod te ugovorne strane može delimično ili u celini odbiti dejstva međunarodne registracije na teritoriji te ugovorne strane. To je ostvarivo pod uslovom da nijedan zavod ne sme delimično ili u celini da odbije dejstvo neke međunarodne registracije iz razloga što uslovi koji se

odnose na formu ili sadržinu međunarodne prijave, koji su predviđeni Ženevskim aktom ili njegovim Pravilnikom, ili su mu dodati ili su različiti od tih uslova, nisu ispunjeni prema zakonu te ugovorne strane. Od datuma međunarodne registracije, međunarodna registracija ima isto dejstvo u svakoj naznačenoj ugovornoj strani kao da je redovnim putem podneta prijava za odobrenje zaštite industrijskog dizajna prema zakonu te ugovorne strane.

Međunarodna registracija obavlja se za prvi period od pet godina, potom se može produžiti važnost za dodatnih pet godina, u skladu sa propisanim postupkom i u skladu sa uplatom propisanih taksi. Pod uslovom da se međunarodnoj registraciji produži važnost, trajanje zaštite u svakoj naznačenoj ugovornoj strani je 15 godina, računajući od datuma međunarodne registracije. Svaka ugovorna strana izjavom mora da obavesti Generalnog direktora WIPO o maksimalnom trajanju zaštite koje je propisano njenim zakonom.⁴ Administrativno organi pod Ženevskim aktom su Skupština i Međunarodni biro WIPO. Strane ugovornice imaju Skupštinu. Svaku stranu ugovornicu u Skupštini predstavlja po jedan delegat, kome mogu da pomažu zamenici, savetnici i stručnjaci. Skupština se sastaje na redovnom zasjedanju svake druge godine, na saziv Generalnog direktora. Međunarodni biro obavlja međunarodnu registraciju i sa njom povezane poslove. U odnosu na postojeći sistem međunarodnog prijavljivanja industrijskih uzoraka i modela, Ženevski akt uvodi niz novih rešenja koja su usaglašena sa odredbama Sporazuma o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine Svetske trgovinske organizacije (TRIPS).⁵ Jedna od najvažnijih novina se tiče terminološkog određenja. Ženevskim aktom se menja naziv Haškog sporazuma tako da u buduće glasi: Haški sporazum o međunarodnoj registraciji (umesto međunarodnom prijavljivanju) industrijskog dizajna (umesto industrijskih uzoraka i modela), i time se terminološki usklađuje sa zakonskim rešenjima koja preovlađuju u nacionalnim zakonodavstvima država članica. Značajnu novinu predstavlja uvođenje ispitivanja novosti industrijskog dizajna, čime se omogućava

⁴ Svetska organizacija za intelektualnu svojinu, na engleskom jeziku: WIPO – World Intellectual Property Organization.

⁵ Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine. Na engleskom jeziku: TRIPS Agreement –Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

pristup ovom aktu i onih država koje upravo zbog toga što u svojim nacionalnim zakonodavstvima primenjuju sistem ispitivanja novosti, do sada nisu pristupile postojećim Aktima iz 1934. godine i 1960. godine, a koje inače imaju veoma razvijen sistem zaštite industrijskog dizajna. Sledeća značajna novina i pogodnost koju pruža Ženevski akt tiče se utvrđivanja datuma podnošenja međunarodne prijave industrijskog dizajna. Prema postojećem sistemu, smatra se da je međunarodna prijava podneta na dan kada je Međunarodni biro primio uredan zahtev za međunarodno registrovanje industrijskog dizajna. Ženevskim aktom, pravi se razlika između prijava koje se podnose direktno Međunarodnom birou i prijava koje se podnose posredstvom nacionalnog zavoda države članice, pa će se u slučaju prijave podnete posredstvom nacionalnog zavoda države članice, kao datum podnošenja prijave smatrati datum kada nacionalni zavod države članice primi zahtev za međunarodno registrovanje, pod uslovom da ta prijava stigne u Međunarodni biro u roku od mesec dana od dana podnošenja nacionalnom zavodu države članice.

Ženevski akt je usvojen 2. jula 1999. godine. Svaka država članica WIPO može da potpiše i postane strana ovog akta, kao i svaka međuvladina organizacija koja ima biro u kome se može ostvariti zaštita industrijskog dizajna sa dejstvom na teritoriji na kojoj se primenjuje konstitutivni ugovor te međuvladine organizacije. Ženevski akt je stupio na snagu 23. decembra 2003. godine i postao je operativan 1. aprila 2004. godine. Od 1. januara 2003. godine, Biro za usklađivanje na unutrašnjem tržištu (žigova i dizajna) počeo je da prima prijave za registrovani komunitarni dizajn, da bi se uslovi za odobrenje ispunili 1. aprila 2003. godine. Ženevski akt Haškog sporazuma o međunarodnoj registraciji industrijskog dizajna, usvojen u Ženevi 2. jula 1999. godine je odobren u ime Evropske zajednice odlukom Saveta od 18. decembra 2006. godine. Notifikacija o pristupanju je poslata od strane Evropske zajednice 24. septembra 2007. godine. Od 1. januara 2008. godine u Evropskoj zajednici je zvanično stupio na snagu Ženevski akt Haškog sporazuma o međunarodnom registrovanju industrijskog dizajna.

4. Značaj za Republiku Srbiju

Republika Srbija je članica Haškog akta Haškog sporazuma o međunarodnom prijavljivanju industrijskih uzoraka i modela od 1960. godine koji je 30. decembra 1993. godine ratifikovala Savezna Republika Jugoslavija. Shodno tome, fizička lica koja su državljani Republike Srbije ili imaju prebivalište na teritoriji Republike Srbije i pravna lica koja imaju sedište ili

ozbiljno i stvarno industrijsko ili trgovinsku preduzeće na teritoriji Republike Srbije, mogu preko Zavoda za intelektualnu svojinu da podnesu prijavu za međunarodno registrovanje dizajna Međunarodnom birou Svetske organizacije za intelektualnu svojinu i na taj način ostvare zaštitu u onim zemljama koje su članice Haškog sporazuma iz 1960. godine. Predlog Zakona o potvrđivanju Ženevskog akta Haškog sporazuma o međunarodnoj registraciji industrijskog dizajna usvojenog na Diplomatskoj konferenciji od 2. jula 1999. godine, podnela je Narodnoj skupštini Vlada Republike Srbije, 4. novembra 2008. godine.⁶ Pristupanjem Republike Srbije Ženevskom aktu Haškog sporazuma o međunarodnoj registraciji industrijskog dizajna, postupak međunarodnog registrovanja dizajna bi bio u potpunosti usklađen sa postojećim zakonskim rešenjima sadržanim u Zakonu o pravnoj zaštiti dizajna iz 2004. godine (Službeni list SCG, br. 61/04).

Imajući u vidu da Ženevski akt nema dejstvo u odnosima između država članica koje su vezane isključivo ovim aktom i država članica koje su vezane Londonskim i Haškim aktom, domaća fizička i pravna lica ne mogu da međunarodno zaštite svoj dizajn u onim državama koje su potpisnice samo Ženevskog akta. Međutim, budući da je Ženevski akt usvojio rešenja iz TRIPS, može se očekivati da će u doglednoj budućnosti mnoge od ekonomski najrazvijenijih država koje su članice Svetske trgovinske organizacije pristupiti Ženevskom aktu. S obzirom da je Evropska unija pristupila Ženevskom aktu pristupanje Republike Srbije ovom dokumentu bi značilo mogućnost da se posredstvom sistema međunarodnog registrovanja dizajna ostvari zaštita dizajna u svim zemljama Evropske unije kao komunitarni dizajn. Pored toga, potpisivanjem i ratifikacijom CEFTA (Centralnoevropski sporazum o slobodnoj trgovini) Republika Srbija je preuzela i obavezu da u određenom vremenskom roku pristupi određenim međunarodnim konvencijama iz oblasti intelektualne svojine, među kojima je i ova konvencija. Takođe, obaveza pristupanja ovoj konvenciji predviđena je i u potpisanom Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju između Evropske unije i njenih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane.

⁶ Narodna skupština Republike Srbije, Internet, http://www.parlament.sr.gov.yu/content/lat/akta/akta_detalji.asp?Id=758&t=P, 17/11/2008.

Summary

Geneva Act of the Hague Agreement Concerning the International Registration of Industrial Designs was adopted by the Diplomatic Conference on July 2, 1999. The establishment of a link between the Community design system and the international registration system under the Geneva Act is enabling designers to obtain, through one single international application protection for their designs in the Community under the Community design system and in the territories of the Geneva Act inside and outside the Communit

