

IZUZECI U KARTELNOM PRAVU EU

Uvod

Ako sporazumi između preduzeća, odluke udruženja preduzeća ili dogovorna praksa ispunjavaju uslove propisane trećim stavom čl. 81. Ugovora o osnivanju EZ oni su izuzeti od zabrane i proizvode puno pravno dejstvo uprkos ograničenjima konkurencije koje prouzrokuju. Izuzeće se, dakle, smatra opravdanim samo ukoliko se nužni negativni efekti sporazumevanja mogu kompenzovati prednostima koje konkretni sporazum ima po privredu EU i zajedničko tržište. Drugim rečima, "komunitarnim pravom je institucijama Zajednice prepušteno da u svetlu okolnosti i činjenica procene realno dejstvo sporazuma i da pronadu, kroz analizu konkretnih slučajeva, kompromis između stepena neophodne konkurencije i korisne kooperacije među preduzećima".¹ Tako Komisija upoređuje postojeću situaciju sa situacijom koja bi nastala realizacijom restriktivnog sporazuma, pri čemu ima dužnost da "pažljivo i celovito ispita sve relevantne aspekte konkretnog slučaja".² Dejstvo sporazuma je povoljno ukoliko je pozitivan efekat po tržište, privredu i potrošače objektivno moguć, odnosno ukoliko su ispunjena dva pozitivna i dva negativna uslova propisana čl. 81. st. 3. Ugovora o osnivanju EZ. Propisani uslovi se često delimično preklapaju, podudraju.

Analiza uslova za izuzeće

Prvi uslov se tiče zahteva da sporazum mora doprineti poboljšanju proizvodnje ili distribucije roba ili unapređenju tehničkog ili ekonomskog progresa. Ovo je najvažniji uslov. U vezi sa ovim uslovom postavlja se sledeće pitanje: Da li sporazum daje koristi koje u njegovom odsustvu ne bi bile dostupne? Odnosno, da li bi poboljšanje moglo da se realizuje i bez ograničenja konkurencije koja proizilazi iz sporazuma u pitanju? Uslov je očigledno komparativne prirode. Upoređuju se posledice ograničenja konkurencije sa koristima koje iz sporazuma proizilaze. Ukoliko se koristi koje se mogu ogledati u: smanjenju troškova, olakšanju ulaska za novo tržište, poboljšanju distributivnih sistema, dostupnosti šireg asortimana proizvoda i sl. značajnije po ostvarenje primarnih ciljeva Zajednice od štete koja se čini ograničenjem konkurencije, ovaj uslov je ispunjen. Kao primer navodi se slučaj *Re Vacuum Interrupters* kada su *AEI and R.P.*, oboje proizvođači električnih instalacija i opreme u Velikoj Britaniji ušli u *joint venture* i osnovali novo preduzeće *Vacuum Interrupters Ltd (VIL)* kako bi proizveli vakuumske prekidače

* Privredna Akademija u Novom Sadu.

¹ Zečević, Slobodan, *Pravo konkurencije Evropske unije*, Beograd, 2000., str. 68.

² Korah, Valentine, "Cases and materials on EC competition law", Oxford, 2001., str. 76. Videti: §14 i §26 C 269/90 Technisce Universtat Munchen, 1991 ECR I – 5469; i §86 T 44/90 La Cinq v. Commission 1992 ECR II – 1.

(vrstu automatskih prekidača). Ugovarači su se sporazumeli da se neće takmičiti sa *VIL* i da će sve vakuum prekidače kupovati od *VIL*. Pošto su *AEI* and *R.P.* bili potencijalni konkurenti na jedinstvenom tržištu vakuumskih prekidača njihov sporazum o zajedničkom ulaganju je nosio opasnost da među sobom ugovorne strane isključe konkurenciju. S druge strane, sporazum je olakšavao razvoj, proizvodnju i prodaju proizvoda na bazi podele rizika i koristi za potrošače. Komisija je odobrila izuzeće (1977 1 CMLR D 67). Primer sporazuma kojim se poboljšava distribucija može biti nađen u slučaju C 234/89 *Delimitis v. Henninger Brau* 1991 ECR I 935. Unapređenje tehničkog ili ekonomskog progressa je najpre vidljivo u brojnim slučajevima R&D (*research and development*) sporazumima.

Drugi uslov se tiče toga da se potrošačima mora omogućiti pravično učešće u rezultirajućim pogodnostima. Napomenuli bismo da se u kartelnom pravu EU pojam potrošač šire tumači i da se pod potrošačem ne podrazumeva samo krajnji korisnik (*ultimate user*) već svako lice koje se u proizvodno-tržišnom lancu pojavljuje u svojstvu kupca robe ili usluge koje su bitno povezane sa predmetom restriktivnog sporazuma. Tako je Komisija odobrila izuzeće u slučaju *ACEC / Barliet* 1968 CMLR D 35 u kome su dva preduzeća zaključila sporazum o razvoju i prodaji autobusa sa novim tipom sistema električne transmisije što je prvenstveno predstavljalo korist za kompanije - autobuske operatore (a ne putnike kao krajnje korisnike usluga autobuskog prevoza). U svakom slučaju, ukoliko potrošači i pored ograničenja konkurencije uživaju korist u vidu nižih cena ili povoljnijih uslova kupovine, kvalitetnijem servisu, popravkama i garancijama, onda je ovaj uslov ispunjen.

Treći uslov je negativne prirode. Zahteva se da se i pored prednosti, restriktivnim sporazumima preduzećima ne nameću ograničenja koja u konkretnom slučaju nisu neophodna. Komisija je radi utvrđivanja ispunjenosti ovog uslova ovlašćena (i dužna) da kroz detaljnu analizu ugovornih odredaba kojima se narušava konkurencija razdvoji one klauzule koje sadrže ograničenja konkurencije koja nisu neophodna od onih restrikcija bez kojih konkretni sporazum ne bi mogao da proizvede pozitivno dejstvo, pa samim tim ni da doprinese privrednom napretku. Osnovno pitanje je da li se povoljnost može postići i blažim narušavanjem konkurencije? Povezanost ovog i prvog uslova je očigledna. Primeri iz sudske prakse pokazuju koliki se značaj pridaje ovom uslovu. U slučaju T 66/89 *UK Publishers Association v. Commission* 1992 ECR II – 1995 je rečeno da ograničenja konkurencije koja bi se pojavila na tržištima svih zemalja članica ne mogu biti izuzeta zbog koristi koje bi se pojavile na tržištu jedne od njih. Slično je bilo i u slučaju *NBA (Net Book Agreements)* gde je Prvostepeni sud smatrao da sistem fiksiranja cena koji ograničava konkurenciju unutar zajedničkog tržišta ne može biti kvalifikovan za izuzeće zbog toga što se proizvod koristi samo za nacionalno tržište. Značajan primer je i već pominjani slučaj *Consten und Grundig* u kome je ustanovljeno da ograničenje konkurencije registrovanjem robne marke *GINT* u Francuskoj nije bilo neophodno za realizaciju ugovora, pa je taj deo sporazuma poništen. Zaključak je da se izuzeće može odnositi samo na ono ograničenje koje je apsolutno neophodno da bi se dostigao legitiman cilj.

I, konačno, sporazum me sme dati mogućnost učesnicima da bitan deo proizvodnje isključe iz konkurencije. U evropskom kartelnom pravu vlada shvatanje da na tržištu uvek mora postojati izvesna doza konkurencije. Autori nedovoljno pažnje posvećuju razmatranju ovog uslova. Dok je funkcionisao sistem notifikacije smatralo se da ako konkretni sporazum ispunjava prethodna tri uslova onda je mala vero-

vatnoća da će zbog ovog izuzeće biti odbijeno. Dosadašnja praksa nam inače ne bi mnogo pomogla jer su odluke o izuzećima bile činjenično specifične, tj. *ad hoc* i iz njih uglavnom ne proizilaze opšta pravila (npr. C 209–215 & 219/78 *Van landewyck v. Commission* 1980 ECR 3125. u kojem su preduzeća u pitanju kontrolisala više od 80% tržišta cigareta u Belgiji što je rezultiralo odbijanjem zahteva za izuzeće). Takođe, postavlja se pitanje da li bitan deo proizvodnje u pitanju obuhvata isključivo vrstu proizvoda ili usluga koje su predmet sporazuma ili i supstitute? Smatramo da je ovo prostor koji je organima Zajednice dobrodošao da u okviru njega manevrišu usklađujući svoju odluku sa trenutnim potrebama u ostvarenju osnovnih ciljeva integracije sadržanih u čl. 2. Ugovora o osnivanju Evropske Zajednice. Striktna primena uslova onemogućava stvaranje kolektivno dominantnog položaja na tržištu.

Izuzeće je moguće tek ako su kumulativno ispunjena sva četiri uslova. Dovoljno je da jedan od četiri uslova ne bude ispunjen pa da se restriktivna poslovna praksa ne može izuzeti (*joined cases C 43 & 63/82 VRVB v. Commission* 1984 ECR 19, §61; C 137/95 *P, SPO an others v. Commission*; T 17/93 *Matra Hachette v. Commission* 1994 ECR II – 595; §104 i T 29/92 *SPO and Others v. Commission* 1995 ECR II – 289, §267 i §286).

Izuzeci mogu biti pojedinačni i grupni (tzv. blok) izuzeci.

Pojedinačni izuzeci

Pojedinačni izuzeci su izuzeci konkretnih sporazuma koji nisu obuhvaćeni blok izuzecima. Pojedinačno izuzeće se do 01. maja 2004. godine zahtevalo od Komisije u postupku notifikacije na osnovu Pravila br. 17 (*Council Regulation No 17 First regulation Implementing Articles 85 and 86 of the Treaty* OJ P 013, 21/02/1962 p. 0204-0211).³

Preduzeća nisu bila obavezna da notifikuju Komisiji svoj sporazum, odnosno notifikacija je bila dobrovoljna.⁴ Međutim, bez prijave sporazuma se po prirodi stvari nije moglo pribaviti izuzeće. Osim toga, notifikacija je preduzećima pružala i dodatna preimućstva. Tako od momenta dostavljanja obaveštenja o sporazumu, Komisija nije imala pravo izricanja kazne dok se o dopuštenosti tog sporazuma konačno ne izjasni putem formalne odluke izuzev ako u međuvremenu aktivnosti preduzeća nisu ostale u okvirima opisanim u notifikaciji. Prema tome, notifikacija je postala objektivno nužna i vršila se podnošenjem Komisiji od strane preduzeća posebno propisanog obrasca A/B⁵ kojem su se prilagali svi neophodni dokumenti uključujući i sporazum u pitanju. Ovaj proceduralni uslov se morao striktno poštovati jer se smatrao da “samo dostavljanje sporazuma Komisiji na uvid ne predstavlja notifikaciju”.⁶ Notifikacijom su preduzeća pre svega zahteva-

³ Pravilo br. 17 je prestalo da važi (*repealed*) na osnovu čl. 43. Pravila Saveta br. 1/2003 od 16. XII 2002. godine, OJ I L, 04/01/2003, p. 1–25.

⁴ Dajković, Irena, “Antimonopolsko pravo”, Podgorica 2002., str. 119/120. Isto tako i Kent, Penelope, “Nutcases European union law”, London, 2000., str. 121.

⁵ Forma, sadržaj i drugi detalji u vezi sa obrascem A/B propisani su Pravilom Komisije broj 3385/94 od 21. XII 1994. godine (Commission Regulation (EC) No 3385/94 on the form, content and other details of applications and notifications provided for in Council Regulation No 17 (Text with EEA relevance) OJ L 377, 31/12/1994, p. 028-058).

⁶ Zečević, Slobodan, “Pravo konkurencije Evropske Unije”, Beograd, 2000., str. 117.

la utvrđenje da se član 81. ne odnosi na notifikovan sporazum, a eventualno, ukoliko konkretan sporazum ipak potpada pod čl. 81. donošenje odluke o izuzeću na osnovu trećeg stava pomenutog člana. U pogledu notifikovanog sporazuma Komisija se mogla izjasniti pozitivno ili negativno. Ako se izjašnjavala pozitivno Komisija je alternativno mogla odlučiti da nakon što je utvrdila da sporazum ne potpada pod čl. 81. st. 1. izda negativno uverenje (*negative clearance*) ili pak da dodeli izuzeće. U suprotnom Komisija je donosila odluku o odbijanju izuzimanja, zabrani sporazuma i izricanju kazne. Protiv odluke Komisije mogla se Prvostepenom sudu podneti tužba. Osim pomenutih odluka Komisija je izdavala i tzv. pismo podrške (*comfort letter* – prevodi se i kao pismo o prilagođavanju) kojim je obavestavala preduzeća da je nakon preliminarne kontrole ustanovila da sporazum nije zabranjen i da će okončati postupak izdavanjem negativnog odobrenja ili odluke o izuzimanju. *Comfort letter* nikad nisu stekla svojstvo odluke, pa stoga podnošenje žalbe nije bilo dozvoljeno. Po našem mišljenju, Komisija nije morala postupiti u skladu sa sadržajem pisma podrške. Ukoliko bi se u nastavku postupka ispitivanja notifikovanog sporazuma pokazalo da su ispunjeni uslovi za njegovu zabranu, Komisija je mogla odbiti zahtev za izuzećem i doneti odluku o izricanju kazne preduzećima. Komisija se u velikoj meri koristila pismima podrške pošto je bukvalno bila pretrpana zahtevima za izuzeće tako da je broj pisama podrške uočljivo premašivao broj odluka na godišnjem nivou, što pokazuje sledeća statistika:⁷

Postupci okončani tokom 1998. godine

formalnim odlukama		u neformalnoj proceduri	
Povreda čl. 82. i izricanje kazne	1	<i>Comfort letter</i> 81 (1)	77
Izuzimanje	0	<i>Comfort letter</i> 81 (3)	75
Odbijanje žalbe	24	Odbijanje žalbe	100
<i>Non-opposition</i>	7	<i>Administrative closure</i>	278
Povreda čl. 65. ECSC	1	<i>Discomfort letter</i>	9
Odluka na osnovu čl. 86. Ugovora	9		
TOTAL	42	TOTAL	539

Četvorogodišnji pregled

Postupci okončani tokom godine				
	1995.	1996.	1997.	1998.
Formalnim odlukama	14	21	27	42
U neformalnoj proceduri	403	367	490	539
TOTAL	417	388	517	581

⁷ “Application of the competition rules in the European Union”, u okviru: “XXVIIIth Report on EC competition policy 1998 SEC(99) 743 final”, str. 363/364.

Imajući u vidu proširenje Unije 01. maja 2004. godine sa 15 na 25 država članica nije ni čudo što Pravilom br. 1/2003 notifikacija nije predviđena. Ako Komisija nije mogla izaći na kraj sa notifikacijama u Evropskoj Uniji “petnaestorice”, to definitivno ne bi mogla postići u Evropskoj Uniji “dvadesetpetorice”. Ovo pogotovo ako se ima u vidu da brojni notifikovani sporazumi nisu predstavljali značajniju povredu prava konkurencije EU, ali je ipak njihovo razmatranje iziskivalo utrošak vremena i sredstava Komisije i što je najvažnije onemogućavalo je optimalno posvećivanje osoblja četvrtog generalnog direktorata Komisije istragama najtežih oblika narušavanja konkurencije na jedinstvenom evropskom tržištu. Takođe je postupak notifikacije predstavljao i utrošak za preduzeća, a da ne govorimo o pravnoj neizvesnosti koja je trajala dok se po notifikaciji ne odluči i imala konsekvantno štetan uticaj u ekonomskom smislu.

Rešenje je nađeno u direktnoj primeni odredbe trećeg stava čl. 81. Ugovora o osnivanju EZ.⁸ Direktna primena ove odredbe znači da će oni restriktivni sporazumi koji potpadaju pod čl. 81. (1) ali koji istovremeno ispunjavaju uslove predviđene čl. 81. (3) biti zakoniti i proizvoditi puno pravno dejstvo, a da prethodno nije bilo nikakve administrativne intervencije. Na taj način će u pogledu brojnih sporazuma biti postignuta puna pravna izvesnost bez sprovođenja bilo kakvih (birokratskih) procedura. S druge strane, restriktivni sporazumi koji ne ispunjavaju uslove za izuzeće biti kao i do sada ništavi i to od momenta zaključenja (pravilo o apsolutnoj ništavosti kontinentalnog prava) i to bez ikakve prethodne intervencije institucija EU što, naravno, ne sprečava nijednu pravno zainteresovanu, a pogotovo oštećenu stranu da pred organima zajednice ili nadležnim državnim organima države članice pokrene pravni postupak radi utvrđenja da je konkretan ugovor ništav.

Iz činjenice da novo Pravilo ne propisuje postupak notifikacije proizilazi da Komisija više ne donosi odluke kojima odlučuje o pojedinačnim izuzecima što, naravno, ne znači da pojedinačnih izuzetaka više nema jer se svaki restriktivni sporazum koji nije obuhvaćen blok izuzetkom smatra pojedinačno izuzetim ukoliko ispunjava uslove iz čl. 81. (3). Iz ovoga, između ostalog, dalje sledi da novi sistem u primeni prava konkurencije EU krucijalno uključuje preduzeća i njihove pravne savetnike dajući im veću odgovornost. Pogrešna pravna ocena da konkretan sporazum ispunjava uslove za izuzeće od zabrane može preduzeća učesnike takvog sporazuma kvalifikovati kao pasivno legitimisane u parnici radi naknade štete po privatno-pravnoj tužbi, a da ne govorimo o mogućem kažnjavanju od strane Komisije.

Da li izostavljanje postupka notifikacije znači da je primena kartelnog i anti-monopolskog prava Evropske Unije sada oslabljena? Smatramo da nije. Izostavljanjem postupka notifikacije Komisija je sa sebe skinula ogroman teret rada koji nije bio srazmerno praćen rezultatima. Sada se Komisija u mnogo većoj meri može posvetiti ozbiljnim povredama konkurencije i to kako u domenu istrage tako i u domenu zastupanja donešenih odluka u postupcima po žalbi pred komunalnim sudskim organima.

⁸ Gauer, Céline, Delheimer, Dorothe, Kjolbye, Lars, De Smijter, Eddy, “Regulation 1/2003: A modernised application of EC competition rules”, EC Competition Policy Newsletter 1/2003, str. 3; Lowe, Philip, “Future directions for EU competition policy”, Fiesole (Italy), 20th september 2002., str. 10; Schaub, Alexander, “Developments of European competition law”, Hellenic competition commission conference on: “Development of competition law and policy – european and national perspective”, 19th april 2002., str. 4.

Grupni (blok) izuzeci

Nakon usvajanja Pravila br. 17. kojim je propisan postupak notifikacije Komisija se suočila sa brojnim notifikacijama sporazuma praćenih zahtevima za pojedinačnim izuzimanjem iz primene čl. 81. (1) što je u značajnoj meri počelo da opterećuje rad Komisije zbog čega je već 1965. godine, kada je Evropsku Ekonomsku Zajednicu još uvek činilo šest izvornih država-članica osnivača, Savet EU doneo prvo pravilo o blok izuzecima. Prema čl. 83. (ex čl. 87) tačka 1. Savet odlukom donetom kvalifikovanom većinom na predlog Komisije i pošto prethodno konsultuje Evropski Parlament, donosi odgovarajuća pravila ili uputstva radi ostvarivanja načela navedenih članovima 81. i 82., dok su prema tački 2. b) istog člana pomenuta pravila ili uputstva pre svega namenjena utvrđivanju pojedinosti primene čl. 81. (3) uz vođenje računa o potrebi efikasnog nadzora, s jedne strane, i uz što jednostavniji administrativni postupak s druge strane. Koristeći se navedenim ovlašćenjem Savet je 2. marta 1965. godine doneo Pravilo No 19/65 o primeni čl. 81. (ex čl. 85) (3) ugovora na određene kategorije ugovora i dogovorne prakse⁹ kojim je Komisija ovlašćena da putem grupnih izuzetaka suspenduje primenu čl. 81. (1) u odnosu na bilateralne sporazume o ekskluzivnoj distribuciji. Komisija je svoje ovlašćenje iskoristila donoseći Pravilo br. 67/67 kojim je izuzela različite oblike sporazuma o ekskluzivnoj distribuciji kao što su sporazumi o ekskluzivnom snabdevanju, ekskluzivnoj kupovini i recipročnom ekskluzivnom snabdevanju i kupovini. S obzirom da je Pravilnikom Saveta 19/65 bilo predviđeno da Komisija donosi oročena pravila (čl. 2. tačka 1) to je nakon isteka važnosti Pravila 67/67 Komisija donosila nova pravila da bi danas u toj oblasti bilo na snazi Pravilo Komisije br. 2790/1999 o primeni člana 81. (3) na kategorije vertikalnih sporazuma i dogovornih ponašanja¹⁰ sa rokom važenja do 31. maja 2010. godine.

Očigledno je da se pritisak na Komisiju po pitanju notifikacija nije nakon donošenja Pravila 19/65 dovoljno umanjio, pa je već početkom sedamdesetih Savet doneo Pravilo br. 2821/71 o primeni čl. 81. (ex čl. 85)(3) Ugovora na kategorije sporazuma, odluka i dogovorne prakse¹¹ kojim je ovlastio Komisiju na donošenje pravila o primeni blok izuzeća na restriktivnu poslovnu praksu koja za svoj predmet ima: standardizaciju, istraživanje i razvoj (R&D) proizvoda i procesa i specijalizaciju čime se blok izuzimanje proširilo i na horizontalne sporazume. Izuzev pomenutog Pravila o vertikalnim ograničenjima br. 2790/99 Komisija je svoje ovlašćenje za donošenje Pravila o grupnim izuzecima iskoristila donoseći pravila o izuzimanju kategorija kartela koji se odnose na: specijalizaciju,¹² istraživanje i razvoj,¹³ broda-

⁹ Regulation No 19/65 of the Council of 2nd March 1965 on application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices, OJ P 036, 06/03/1965, p. 533-535.

¹⁰ Commission Regulation No 2790/1999 of 22nd December 1999 on the application of Article 81 (3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L 336, 29/12/1999, p. 21-25.

¹¹ Regulation No 2821/71 of the Council of 20th December 1971 on application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of agreements, decisions and concerted practices, OJ L 285, 29/12/1971, p. 46-48.

¹² Commission Regulation (EC) No 2658/2000 of 29. XI 2000, O.J. L 304, 05. 12. 2000, p. 003-006.

¹³ Commission Regulation (EC) No 2659/2000 of 29. XI 2000, O.J. L 304, 05. 12. 2000, p. 007-012.

re (konzorcijume) u linijskom saobraćaju,¹⁴ vertikalne sporazume i dogovornu praksu,¹⁵ transfer tehnologije,¹⁶ distribuciju i servisiranje motornih vozila,¹⁷ sisteme kompjuterske rezervacije usluga u vazдушnom saobraćaju,¹⁸ zajednička planiranja i koordinaciju rasporeda, zajedničke operacije, konsultacije po pitanju putničkih i teretnih tarifa za redovne usluge u vazдушnom saobraćaju i alokaciju (dodelu) mesta na aerodromima,¹⁹ sektor osiguranja²⁰ itd. Generalno uzev, u pitanju su sporazumi iz onih oblasti za čiji razvoj u Zajednici postoji naročiti interes, a koji doprinose ekonomskom progresu bez stvaranja rizika po narušavanje konkurencije.

Grupno izuzimanje ima specifičnu tehniku pravnog normiranja (koja se vremenom menjala). Pre svega, usvajanju pravila od strane Komisije prethodi objavljivanje nacrtu pravila i poziv svima zainteresovanim da podnesu svoja mišljenja, predloge i komentare u roku koji odredi Komisija, ali koji ne može biti kraći od mesec dana.²¹

Pre objavljivanja nacrtu i pre nego što donese pravilo Komisija je dužna konsultovati se sa Savetodavnim Komitetom za restriktivnu praksu i monopole.²² U tako usvojenom pravilu Komisija je dužna da u datim joj okvirima specificira, dakle bliže i u pojedinostima odredi, na koje se kategorije kartela izuzeće odnosi. Tako, npr. u Pravilu Komisije No 2658/2000 o primeni čl. 81. (3) na ugovore o specijalizaciji se precizira da se Pravilo o izuzećima u pogledu te kategorije ugovora odnosi na: a) ugovore o unilateralnoj specijalizaciji u proizvodnji roba (kako poluproizvoda tako i finalnih proizvoda) i pružanju usluga; b) ugovore o recipročnoj specijalizaciji i c) ugovore o zajedničkoj proizvodnji kao i ugovore koji nemaju za predmet specijalizaciju, ali su sa njima direktno povezani i neophodni su za njihovo sprovođenje kao što su ugovori o ustupanju ili korišćenju prava intelektualne svojine.²³ Nakon toga sledi određivanje uslova koje oblici restriktivne prakse moraju da ispunе da bi ako pripadaju specifičnim kategorijama bili izuzeti od zabrane. Određivanje tih uslova se pre svega odnosilo na nabranje klauzula koje restriktivni sporazum ne sme da sadrži (crna lista klauzula) i klauzula koje restriktivni sprazum mora da sadrži (bela lista klauzula). Izostavljanje klauzula sa crne liste i implementacija klauzula sa bele liste su u stvari bili uslovi za automatsko izuzeće konkretnog sporazuma bez potrebe notifikacije i bez ikakve formalne odlu-

¹⁴ Commision Regulation (EC) No 823/2000 od 19. IV 2000, O.J. L 100, 20. 04. 2000, p. 024-030.

¹⁵ Commision Regulation (EC) No 2790/1999 od 29. XII 1999, O.J. L 336, 29. 12. 1999, p. 021-025.

¹⁶ Commision Regulation (EC) No 772/2004 od 27. IV 2004, O.J. L 123, 27. 04. 2004, p. 011-017.

¹⁷ Commision Regulation (EC) No 1400/2002 od 31. VII 2002, O.J. L 203, 01/08/2002, p. 030-041.

¹⁸ Commision Regulation (EC) No 3652/1993 od 22. XII 1993, O.J. L 333, 31. 12. 1993, p. 037-044.

¹⁹ Commision Regulation (EC) No 1617/1993 od 25. VI 1993, O.J. L 155, 26. 06. 1993, p. 018-022.

²⁰ Commision Regulation (EC) No 358/2003 od 27. II 2003, O.J. L 53, 28. 02. 2003, p. 08.

²¹ Čl. 5. Pravila Saveta EZ No 19/65 o primeni čl. 81. (ex čl. 85) (3) Ugovora na određene kategorije ugovora i dogovorne prakse i čl. 5. Pravila Saveta br. 2821/71 o primeni čl. 81. (ex čl. 85) (3) Ugovora na kategorije sporazuma, odluka i dogovorne prakse.

²² Čl. 6. Pravila saveta EZ No 19/65 od primeni čl. 81. (ex čl. 85) (3) Ugovora na određene kategorije ugovora i dogovorne prakse i čl. 6. Pravila Saveta br. 2821/71 o primeni čl. 81. (ex čl. 85) (3) Ugovora na kategorije sporazuma, odluka i dogovorne prakse.

²³ Commision Regulation No 2658/2000 of 29th November 2000 on the application of Article 81 (1) of the Treaty to categories of specialisation agreements OJ L 304 05/12/2000, p. 3-6.

ke, po samom pravu, nakon ispunjenja uslova. Najnovija pravila ne sadrže kao uslov za blok izuzimanje ugrađivanje "belih" klauzula čime se "po ugledu na Pravilo o vertikalnim izuzecima napušta pristup zasnovan na klauzulama i daje veća sloboda ugovornim stranama".²⁴ U međuvremenu su, počev o Pravila o licencama (*Commission Regulation No 2349/84 OJ 1984 L 219/15*) uvedene i klauzule sa tzv. sive, odnosno zelene liste²⁵ čije je postojanje dovodilo do sprovednija tzv. opozicionog postupka. Potencijalno izuzimajuće klauzule su klauzule koje nisu generalno ili *a priori* restriktivne već se njihovo dejstvo na konkurenciju na relevantnom tržištu ceni prema okolnostima konkretnog ekonomskog i pravnog konteksta, nakon čega se odlučuje o izuzeću. Restriktivni sporazumi koji sadrže takve klauzule prijavljuju se Komisiji radi sprovođenja opozicionog postupka. Opozicioni postupak je u svojoj suštini pojednostavljeni postupak notifikacije.

Sprovođenje opozicionog postupka je, primera radi, regulisano Pravilima Komisije No 240/96 o transferu tehnologije²⁶ i No 823/2000 o brodskom linijskom transportu (konzorcijumi). U prvom Pravilu koje pominjemo kao primer propisano je da su sporazumi koji sadrže klauzule koje su potencijalno podobne za izuzimanje mogu biti izuzeti ukoliko budu notifikovani, a Komisija u roku od 4 meseca od dana kada notifikacija stupi na snagu ne spreči (ne opozove) izuzeće. Koju god odluku donela Komisija je ovlašćena da je povuče i izmeni u bilo koje doba. Drugo Pravilo je specifično zbog toga što se na osnovu njega može zaključiti u kom pravcu se razvija pravna tehnika grupnog izuzimanja. Naime, i u ovom pravilu se predviđa sprovođenje opozicionog postupka, ali se ne predviđaju klauzule sa sive-zele- ne liste već se opozicioni postupak sprovodi kad se Komisiji notifikuje sporazum o konzorcijumu, zaključen između učesnika čije učešće na tržištu prelazi limit koji dovodi do automatskog izuzeća (u ovom slučaju 30%, odnosno 35% u zavisnosti da li preduzeće posluje kao deo linijske konferencije), ali ne prelazi limit tržišnog udela koji je apsolutno nepodoban za grupno izuzimanje (u ovom slučaju 50%). U tom slučaju smatraće se da je ugovor izuzet od primene čl. 81. (1) ako Komisija ne spreči izuzimanje u roku od šest meseci od dana stupanja na snagu notifikacije. Opozicioni postupak omogućuje Komisiji da utvrdi da li će konzorcijum ugroziti funkcionalnu konkurenciju na relevantnom tržištu. Tako je, npr. u oktobru 2000. godine Komisiji notifikovan konzorcijum "*Grand Alliance*" (koji čine: *Hapag-Lloyd AG of Germany*, *Nippon Yusen Kaisha of Japan*, *Orient Overseas Container Line of Hong-Kong* i *P&O Nedlloyd*) s jedne i *Lykes Lines Ltd* i *Mexican Lines Ltd*. s druge strane. Isto tako je decembra 2000. godine Komisija primila notifikaciju više ugovora između *CMA-CGM SA* i *Marfret of France* i *A. P. Moeler Maersk Sealand* i *Nordana Line of Denmark* koji se odnose na usluge prevoza Sever-

²⁴ Lücking, Joachim i Woods, Donncahdh, "Horizontal co-operation agreements: New rules in force", EC Competition Policy Newsletter, No 1/2001, str. 8.

²⁵ U izveštaju Komisije iz 1996. godine se u tački 28. pominju *sive klauzule*. Takode to nalazimo u radu Spasić, Ivanke: "Sporazumi izuzeti od dejstva pravila konkurencije", Strani pravni život br. 1-3/2002, str. 212. Naziv *zelene klauzule*, međutim, pominje Vukadinović, Radovan u: "Pravo Evropske Unije", Beograd 1995., str. 229, pozivajući se na "EEC Competition Policy in the single market", Periodical 1/1989, European Documentation, Luxembourg 1989. S obzirom da se radi o klauzulama istog pravnog dejstva mi ćemo ih označavati kao klauzule podobne za potencijalno izuzeće.

²⁶ Više nije na snazi.

na Evropa–Karibi i Mediteran–Karibi. U oba slučaja analiza je pokazala da su ugovori o konzorcijumu ispunili uslove postavljene Pravilom Komisije No 823/2000 izuzev učešća na tržištu koje je prešlo limit od 30%, ali ne i 40% tržišnog udela. U analizi je poseban značaj dat pitanju stvarne i potencijalne konkurencije sa kojom se konzorcijum ima suočiti, pa je u oba slučaja utvrđeno da su konzorcijumi izloženi značajnom stepenu konkurencije zbog čega Komisija nije sprečila izuzimanje notifikovanih sporazuma što znači da se oni smatraju izuzetim od isteka roka važenja Pravila²⁷ ukoliko u međuvremenu izuzeće ne bude opozvano.

Kao što možemo videti na ovim konkretnim primerima, Komisija je utvrđivala obim tržišnog udela konkretnih preduzeća, odnosno konzorcijuma. Odredbe kojima se propisuje limit tržišnog učešća uz obavezno uzdržavanje od *hard core* ograničenja konkurencije (crna lista klauzula) se popularno zovu *safe harbour provisions* (odredbe sigurne luke, sigurno utočište).²⁸ Osim tržišnog učešća postoje primeri *safe harbour provisions* kojima se kao uslov za izuzimanje određuje ukupni godišnji promet. Tako se, npr. u Pravilu o vertikalnim izuzecima navodi da se od zabrane izuzimaju sporazumi između asocijacije i njenih članova ili između asocijacije i njenih snabdevača ako su svi članovi asocijacije prodavci robe na malo i ako nije član asocijacije zajedno sa svojim povezanim preduzećima nema ukupni godišnji promet veći od 50 miliona evra. U najnovijim pravilima (npr. Pravilo o blok izuzecima ugovora o istraživanju i razvoju) se, međutim, takav pristup napušta jer je preovladalo stanovište da ukupan promet nije nesumnjiv indikator tržišne moći.²⁹

Safe harbour provisions su posledica nastojanja Komisije da se “osigura efikasna zaštita konkurencije i obezbedi adekvatna pravna sigurnost za preduzeća”³⁰ što se postiglo: a) definisanjem kategorije sporazuma koji su izuzeti do određenog nivoa tržišne moći i b) specificiranjem ograničenja i klauzula koje ne smeju biti sadržane u sporazumima. Povećanje pravne sigurnosti se izražava u činjenici da je dovoljno u pogledu izričito naznačenih kategorija sporazuma ispuniti uslove tržišnog učešća i uzdržavanja od restrikcija sa crne liste pa da se smatra da je sporazum izuzet. Već je i ovo dovoljan doprinos uprošćavanju tehnike pravnog normiranja blok izuzetaka. Međutim, Komisija je otišla korak dalje. Kao u već pominjanom Pravilu br. 823/2000 o konzorcijumima u linijskom brodskom saobraćaju propisuje se tržišno učešće koje predstavlja “tampon zonu” ili “brisani prostor” između apsolutno prihvatljivog i apsolutno neprihvatljivog limita za blok izuzimanje. Međutim, u najnovijim pravilima se, poput Pravila No 772/2004, umesto opozicionog postupka čije je sprovođenje propisano u takvom slučaju Pravilom Komisije br. 823/2000 predviđa da će takvi sporazumi biti po samom pravu izuzeti od kartelne zabrane u trajanju od dve uzastopne kalendarske godine, što se računa od godine kad je propisani prag prvi put prekoračen. Tržišno učešće se računa prema vrednosti prodaje, a ako taj podatak nije dostupan ocena se vrši na bazi drugih

²⁷ Baker, Kirstin, Mayer, Andre, Tomboy, Christine, “Other developments in the transport sector”, EC Competition Policy Newsletter No 3, October 2001, str. 50-51.

²⁸ Lücking, Joachim i Woods, Donncadh, “Horizontal co-operation agreements: New rules in force”, EC Competition Policy Newsletter, No 1/2001, str. 10. i Vodič za vertikalna ograničenja 2000, C 291/01, str. 6, tačke 21. i 22.

²⁹ Lücking, Joachim i Woods, Donncadh, “Horizontal co-operation agreements: New rules in force”, EC Competition Policy Newsletter, No 1/2001, str. 9.

³⁰ Tačka 3. Pravila Komisije br. 2658/2000 i tačka 5. Pravila Komisije br. 2659/2000.

pouzdanih informacija uključujući obim prodaje, a u svakom slučaju prema podacima o prodaji iz prethodne kalendarske godine.

Dalji doprinos povećanju pravne sigurnosti dat je izdavanjem Vodiča za primenu člana 81 (3) Ugovora o osnivanju Evropske Zajednice³¹ kojim Komisija vrši interpretaciju i razvija metodologiju i analitički okvir za ocenu uslova za izuzeće, kao i Beležaka (Saopštenja) Komisije o primeni čl. 81. Ugovora o osnivanju EZ na horizontalne ugovore o saradnji,³² Vodiča za vertikalna ograničenja³³ i Vodiča za ugovore o transferu tehnologije kojima se obezbeđuje analitički okvir za ocenu restriktivnih sporazuma. Pomenuti okvir je primarno baziran na ekonomskim kriterijumima. Ekonomski kriterijumi kao što su tržišna moć stranaka i drugi faktori koji se odnose na tržišnu strukturu predstavljaju ključni element ocene uticaja saradnje u pitanju na tržište. Iako je bilo nemoguće obezbediti specifične odgovore za svaku moguću situaciju, ipak je dat adekvatan analitički instrumentarij baziran na ekonomskim kriterijumima koji će pomoći preduzećima u oceni kompatibilnosti njihovih pojedinačnih ugovora sa zahtevima iz čl. 81. Ugovora o osnivanju EZ.

Ukoliko preduzeća rukovodeći se kriterijumima datim u pravilima Komisije o blok izuzecima ocene prema uputstvima datim u vodičima za horizontalne i vertikalne sporazume da njihov sporazum ispunjava uslove za izuzeće, takav sporazum će se smatrati izuzetim bez potrebe da se radi toga zahteva posebno odobrenje. Ukoliko ovi uslovi nisu ispunjeni ne postoji pravna pretpostavka da je restriktivni sporazum zabranjen. Jedina posledica je da sporazum ne uživa koristi grupnog izuzimanja, ali to ne znači da se u konkretnom slučaju ne može postići pojedinačno izuzeće.

Komisija je ovlašćena da na sopstvenu inicijativu ili u postupku povodom inicijative države članice ili bilo kojeg drugog pravnog ili fizičkog lica koje ima zakoniti interes donese odluku kojom će povući izuzeće ukoliko utvrdi da se restriktivnim sporazumom ograničava konkurencija u meri u kojoj je to nespojivo sa uslovima iz čl. 81. (3). Osim toga je čl. 7. Pravila Komisije o vertikalnim izuzecima posebno predviđeno da nacionalni organi u vidu antikompetitivnih vlasti država članica mogu ukinuti izuzeće ukoliko vertikalni sporazum na teritoriji države članice ili nekog dela koji ima sve karakteristike posebnog geografskog tržišta proizvodi efekte koji su inkompatibilni sa uslovima propisanim čl. 81. (3) Ugovora o osnivanju EZ. Ukidanje izuzeća u ovom slučaju proizvodi dejstvo samo za teritoriju države članice, odnosno njen deo.

³¹ Communication from the Commission, Notice, Guidelines on the application of Articles 81 (3) of the Treaty, OJ C 101, 27/04/2004, p. 097-188.

³² Commision Notice, Guidelines on the applicability of article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements, OJ C 3, 06/01/2001, 02-30.

³³ Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, C 291, 13/10/2000, p. 01-43.