

ЗНАЧЕЊЕ И ЗНАЧАЈ КРИТЕРИЈУМА УТИЦАЈА НА ТРГОВИНУ ИЗМЕЂУ ДРЖАВА ЧЛАНИЦА У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕУ И ДРЖАВА ЧЛАНИЦА

Апстракт

Критеријум утицаја на трговину између Држава чланица служи, већ више од пола века, као критеријум за поделу у примени између националног права конкуренције Држава чланица ЕУ и европског права конкуренције. Овај критеријум, који је претрпео како експанзију тако и контракцију, па затим поновну експанзију у свом обиму примене, временом добија на значају услед све већих материјално и процесноправних последица примене односно непримене европског права конкуренције. Упркос том све већем значају, критеријум остаје крајње флексибилан и отворен. Једини начин да се да чвршћи оквир овом суштинском питању јесте да се претходно прецизније утврди однос између националног и европског права конкуренције, чему, у одређеној мери, тежи нова Директива о накнади штете, која је тренутно у финалној фази усвајања.

Кључне речи: право конкуренције, ЕУ, Директива о накнади штете, национално право.

1. Увод

Чланови 101. и 102. Уговора о функционисању Европске уније („УФЕУ“) - некада чланови 81. и 82. Уговора о Европској заједници) представљају материјалноправну срж права конкуренције Европске

¹ Факултет за међународну економију Универзитет Мегатренд Београд, Консултант (правни експерт) на пројекту ЕУ *Policy and Legal Advice Centre* за питања примене Директиве о услугама у Србији; mail: veljko.milutinovic@gmail.com

уније („ЕУ“), тј. забрану рестриктивних споразума и злоупотребе доминантног положаја. Садржај ових одредби, који је у значајној мери сличан много старијим члановима 1. и 2. америчког „Шермановог закона“ који забрањује,² у начелу, слична кршења слободе конкуренције, преписан је у домаће прописе о заштити конкуренције свих Држава чланица ЕУ, као и Држава кандидата за чланство (нпр. Србије).³

За разлику од прописа Држава чланица и Држава кандидата за чланство, међутим, одредбе чланова 101. и 102. УФЕУ садрже један битан критеријум који мора бити испуњен да би се исте примениле, а то је да неконкурентно понашање има „утицај на трговину између Држава чланица.“ Сличан критеријум мора бити испуњен и ради примене права конкуренције из споразума о стабилизацији и придруживању („ССП“) који су на снази између ЕУ и њених Држава чланица са једне стране и трећих држава са друге стране.⁴ Овај критеријум може се поставити и негативно: ако одређено понашање не утиче на трговинску размену између Држава чланица (односно Држава чланица и треће државе, у случају ССП), нема примене материјалних одредби права конкуренције ЕУ.

Наведени критеријум није лишен контроверзи и његово значење и значај су се битно мењали од Римског уговора из 1957. и оснивања првобитне Европске економске заједнице до данас. Што се тиче значења, оно је претрпело сукцесивне таласе експанзије и контракције. Што се тиче значаја, он је, изузев кратког периода од средине деведесетих година прошлог до првих година овог века, константно растао и наставља да расте, услед све већих правних и практичних последица примене односно непримене права конкуренције ЕУ у конкретним фактичким ситуацијама.

Предмет овог чланка су значење и значај критеријума утицаја на трговину између Држава чланица. Уз критички осврт на развој овог критеријума кроз праксу Суда правде ЕУ и Европске комисије, биће изведени одређени закључци о његовој улози у савременом праву и политици конкуренције у ЕУ и Држава чланица.

² *Sherman Antitrust Act*, 15 U.S.C. §§ 1-7.

³ В. Закон о заштити конкуренције (*Сл. гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013), чл. 10. и 16.

⁴ В. нпр. Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица са једне стране и Републике Србије са друге стране (доступан на интернет адреси: www.seio.gov.rs/dokumenta/sporazumi.193.html, 10.10.2014.) чл. 73.

2. Експанзија критеријума

Као што је већ речено, забране из чланова 101. и 102. УФЕУ се примењују искључиво на ситуације где постоји утицај на трговинске токове (трговину) између Држава чланица. У том смислу, утицај на трговину представља апсолутни критеријум: ако га одређено неконкурентно понашање испуњава, оно мора бити испитано у складу са члановима 101. и 102; ако га не испуњава, оно не може бити предмет ових одредби ни у ком случају.⁵

Према чувеној формулацији Суда правде из раних дана ЕЕЗ, у предмету *STM*:

Да би овај критеријум био испуњен, неопходно је предвидети са довољним степеном вероватноће на основу објективних правних и фактичких чинилаца да споразум у питању може утицати, *директно или индиректно, стварно или потенцијално*, на трговинске токове између Држава чланица.⁶

Формулација Суда тешко да је могла бити шира. Утицај на трговину не мора да се манифестује, под условом да је разумно претпоставити да то може да се деси.⁷ Сходно тумачењу Суда у готово истовременој пресуди *Consten*,⁸ утицај на трговину, у овом контексту, може бити чак и *повећање* обима трговине, под условом да:

... споразум може представљати претњу, директну или индиректну, стварну или потенцијалну, за слободу трговине између Држава чланица на начин који може довести у питање постизање циљева јединственог тржишта између Држава чланица.⁹

⁵ Према речима Суда правде: „Само у оној мери у којој споразум може да утиче на трговину између Држава чланица његов утицај на конкуренцију може потпасти под забрану на основу права [Уније], док ће, у супротном, он избећи наведену забрану“: Предмет 56/65, *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm* [1966] ECR English Special Edition 235, 249.

⁶ *Ibid.* (нагласак додат).

⁷ Предмет 107/82, *AEG v. Commission* [1983] ECR 3151, пара. 60.

⁸ Предмет 56 and 58/64 *Consten and Grundig v. Commission* [1966] ECR English Special Edition 299.

⁹ *Ibid.*, 341.

Такође, према тумачењу Суда, под одређеним околностима, трговина „између“ Држава чланица не мора заиста да се одвија између дотичних:

Споразум који покрива целу територију Државе чланице је по својој природи такав да ојачава поделу тржишта на националној основи, те тиме успорава економску интерпенетрацију коју Уговор предвиђа и штити домаћу производњу.¹⁰

Дакле, чак и када прекограничне трговине нема на основу споразума, картел који покрива целу Државу чланицу, у начелу, испуњава критеријум утицаја на трговину између Држава чланица.

Критеријум утицаја на трговину се односи и на производе који нису предмет прекограничне трговине, докле год су ови интегрисани у производе који то јесу.¹¹ Такође је битно напоменути да делови споразума који утичу на трговину не морају бити исти они који ограничавају конкуренцију.¹² На крају (и то не само у случају примене ССП), критеријум утицаја на трговину се може применити и на трговину која се одвија мимо територије ЕУ, под условом да су конкуренти на које рестриктивни споразум утиче лоцирани унутар наведене територије.¹³

3. Контракција критеријума и разлози за исту

Све до деведесетих година прошлог века, широко тумачење утицаја на трговину између Држава чланица имало је посебан смисао и улогу, обзиром на ситуацију која је преовладавала у тадашњој ЕЕЗ/ЕЗ. Наиме, до тада су се прописи о заштити конкуренције или битно разликовали од једне Државе чланице до друге или су, још чешће, били непостојећи, те је право конкуренције ЕУ било, на неки начин, једино ефективно право које би спровело принципе из члана 101. и 102. УФЕУ. Те деценије је постигнута конвергенција између материјалних одредби националних прописа Држава чланица и

¹⁰ Предмет 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren v Commission* [1972] ECR 977, пара. 29.

¹¹ Предмет 123/83, *Bureau national interprofessionnel du cognac v. Clair* [1985] ECR 391, пара. 29.

¹² Предмет 193/83, *Windsurfing International v. Commission* [1986] ECR 611, пара. 96.

¹³ Предмети Т-24/93, итд. *Compagnie Maritime Belge Transports SA v. Commission* [1996] ECR II-1201, пара. 201-206.

чланова 101. и 102. у процесу који је, барем наизглед, био сасвим спонтан.¹⁴

Увођење националних прописа заснованих на члановима 101. и 102. широм Уније значило је да заштита конкуренције може да се одвија и на националном нивоу, на мање-више идентичним основима као на нивоу ЕУ. Томе сходно, примена права ЕУ на рестриктивне споразуме и злоупотребе доминантног положаја итекако је изгубило на значају. Ово се одразило, рекло би се, и на приступ Суда правде и Европске комисије утицају на трговину између од деведесетих година прошлог века до данас, а посебно у предметима *Bagnasco* и *Dutch Giro Payments*.¹⁵

У предмету *Bagnasco*, контроверзни рестриктивни стандардни услови које је усвојила Асоцијација банака Италије везано за кредитне гаранције у корист физичких лица су дозвољени на основу изостанка осетног утицаја на трговину између Држава чланица. Суд се сложио са ставом Европске комисије да, иако су спорне услове наметнуле све италијанске банке својим клијентима, иностране банке нису биле заинтересоване да послују са становништвом у Италији, те стога ионако не би биле вољне да уђу на тржиште за кредите везане за текући рачун.¹⁶

Гледано из перспективе ранијих пресуда, ова последња делује у најмању руку необично. Одбијање да се испита законитост стандардних услова на основу права ЕУ под образложењем да је неуобичајено да иностране банке раде са локалним становништвом коси се са суштином идеје економске „интерпенетрације“ и јединственог тржишта. Тумачење Суда је такође тешко помирити са његовим раније установљеним (и никада повученим) ставом да картели који покривају целу Државу чланицу сами по себи утичу на трговину између Држава чланица.¹⁷

Слична пресуди *Bagnasco* је пресуда *Dutch Giro Payments*,¹⁸ где је Европска комисија установила да су холандске банке ограничиле конкуренцију тако што су наместиле (фиксирале) цену провизије

¹⁴ За критички приказ овог процеса: Н. Ullrich, „Harmonisation within the European Union“ 17 *European Competition Law Review* (1996), 178.

¹⁵ Предмети С-215 и 216/96, *Carlo Bagnasco et al. v. Banca Popolare di Novara and Cassa di Risparmio di Genova* [1999] ECR I-135; Предмети IV/34.010 *Nederlandse Vereniging van Banken* [1999] OJ L 271/28.

¹⁶ *Bagnasco*, *loc. cit.* пара. 42-53.

¹⁷ В. фусноту 9. изнад.

¹⁸ *Loc. cit.* фуснота 14. изнад.

за плаћање путем жиро рачуна, али је истовремено установила и да наведено ограничење конкуренције не утиче на трговину између Држава чланица, јер пружање услуге плаћања преко жиро рачуна није битан фактор за иностране банке које желе да уђу на холандско тржиште. Европска комисија је до овог закључка дошла упркос чињеници да је, од укупно четрдесет и седам иностраних банака колико је тада пословало у Холандији, чак двадесет и седам пружало ову услугу холандском становништву.¹⁹ Игнорисана је, дакле, како чињеница да је рестриктивни споразум покривао целу Државу чланицу тако и да је прекогранични елемент постојао не само потенцијално већ и веома стварно (додуше, у мањем обиму).²⁰

Контракција критеријума утицаја на трговину између Држава чланица је доживела, чини се, свој максимум са холандским банкама и видно је заустављена од стране Суда правде у предмету *Manfredi*, где је Суд установио да италијански картел осигуравајућих друштава за фиксирање цена ауто осигурања који важи на територији Италије може имати утицај на трговину између Држава чланица.²¹ У том случају, према речима Суда, чињеница да су поједини инострани осигуравачи били умешани у картел није пресудна, али је неопходно узети у обзир да ли је картел представљао баријеру за улазак иностраних осигуравача.²²

Разлика између предмета *Bagnasco* и предмета *Manfredi* била је у томе што је сврха пресуде у овом последњем била првенствено да ојача приватноправну примену члана 101. УФЕУ,²³ што је изискивало повратак нешто ширем тумачењу утицаја на трговину између Држава чланица. Наиме, ако би се у наведеном предмету применило само италијанско право конкуренције, тужиоци, који су имали јако мале појединачне одштетне захтеве, морали би да се обрате вишој судској инстанци (апелационим судовима), док би, ако би се питање поставило као питање права ЕУ, могли да се обрате судовима најниже инстанце (судијама мира), јер су све националне судије под обавезом

¹⁹ Додуше, са малим уделом на тржишту: 1% жиро уговора потписаних на годишњем нивоу, 1% дебитних трансакција и 5% кредитних трансакција: loc. cit. фуснота 14. изнад, тачке 56-65.

²⁰ В. такође: *Communication from the Commission: Sector Inquiry under Art 17 of Regulation 1/2003 on retail banking (Final Report)* COM (2007) 33 final.

²¹ Предмети C-295 to C-298/04, *Manfredi et al. v. Lloyd Adriatico* [2006] ECR I-6619, пара. 49-52.

²² *Ibid.*, пара. 44.

²³ За детаљну анализу улоге предмета *Manfredi* у овом контексту, в. *V. Milutinović, The 'Right to Damages' under EU Competition Law: from Courage v. Crehan to the White Paper and Beyond* (Хар, Kluwer, 2010.), 69-73.

да примене члан 101. УФЕУ у предмету пред њима. У том смислу, члан 101. УФЕУ је наставио да игра улогу „попуњавања рупа“ у заштити појединаца које су за собом оставили национални режими заштите конкуренције.

4. Квантитативни критеријуми

У својој пракси, Суд правде је установио да утицај на трговину између Држава чланица мора бити „значајан.“²⁴ Стога, није сваки утицај на трговину довољан да активира примену права ЕУ, већ само онај чији је ефекат на тржишту довољно велики.

Да би дала конкретне оквире том квантитативном критеријуму, у својим *Смерницама о утицају на трговину* из 2004. године,²⁵ Европска комисија је дала следеће параметре:

... споразуми немају значајан утицај на трговину између Држава чланица када су испуњени следећи кумулативни критеријуми:

(а) укупни удео на тржишту страна на било ком релевантном тржишту унутар [Уније] на које утиче споразум не прелази 5% и

(б) у случају хоризонталних споразума, укупни годишњи приходи релевантних предузећа предметним производима не прелазе 40 милиона евра.²⁶

Оба квантитативна критеријума су, разуме се, сасвим арбитрерна, а Суд правде није поменуо било какву цифру у овом смислу. Док критеријум б) говори заиста о обиму трговине, критеријум а), везан за уделе на тржишту везан је (и донекле изазива конфузију) са сасвим другим концептом - *значајним ограничењем конкуренције*, тојест споразумима мањег значаја, који су регулисани другим смерницама Комисије.²⁷ Ипак, вероватно је да се данак арбитрерности исплати, у смислу да даје већу предвидивост привредним субјектима, који могу

²⁴ В. спојене предмете T-213/95 и T-18/96, SCK and FNK [1997] ECR II-1739, пара. 178-181.

²⁵ Европска комисија, *Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty* [2004] OJ C101/81.

²⁶ *Ibid.*, тачка 52.

²⁷ Европска комисија, *Communication from the Commission - Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice)*, OJ [2014] C 291/1.

прецизније да процене да ли њихов споразум утиче на трговину између Држава чланица. Битно је напоменути да смернице Комисије обавезују само тај орган, тј. оне представљају обећање да Комисија од њих неће одступити, док за националне органе и судове оне не представљају формални извор права.²⁸

5. Материјалноправни значај утицаја на трговину

Већ је речено да утицај на трговину представља критеријум за поделу између националног и европског права конкуренције. Ситуација је битно закомпликована 2004. године, када је ступила на снагу Регулатива 1/2003,²⁹ која регулише поједина процесна и материјална питања везана за примену чланова 101. и 102. УФЕУ. Наиме, пре ступања на снагу овог акта, национални органи за заштиту конкуренције нису имали обавезу да примењују право конкуренције ЕУ, већ су могли да се ограниче на предмете у којима се примењује национално право.³⁰ Такође, иако је познато још од пресуде Суда правде *BRT* да су национални судови под обавезом да штите права појединаца која произилазе из чланова 101. и 102. УФЕУ,³¹ Регулатива је увела, у своме члану 3. како за управне органе тако и парничне судове, обавезу примене права конкуренције ЕУ у сваком предмету где би орган/суд применио национално право конкуренције и где је право конкуренције примењиво (управо на основу критеријума утицаја на трговину између Држава чланица). Што је можда још важније, на основу истог члана Регулативе, приликом овакве паралелне примене националног права и права ЕУ, национални органи/судови морају да постигну онај исход који налаже право ЕУ (обавеза конвергенције), осим у случајевима где се примењују стриктнија национална правила о једностраном понашању на тржишту, која могу довести до неповољнијег исхода по оптужене субјекте.

Проблем различитог националног и европског материјалног права био је очигледан у предмету *German RPM for Books*,³² који

²⁸ В. нпр. Предмет C-226/11, *Expedia Inc. v. Autorité de la concurrence* (13.12.2012. није још објављена у пракси Суда правде), пара. 29.

²⁹ Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 Dec. 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Arts 81 and 82 of the Treaty, [2003] OJ L1/1.

³⁰ С тим што национално право конкуренције није ни раније могло да дозволи понашање које европско право конкуренције забрањује: Предмет 14/68 *Walt Wilhelm* [1969] ECR 1, пара. 4.

³¹ Предмет 127/73, *BRT v. SABAM* [1974] ECR 51, пара. 16.

³² В. *Council Resolution of 8 February 1999 on fixed book prices in homogeneous linguistic areas* [1999] OJ C42/2 и обавештње Европске комисије [2000] OJ C162/25.

је претходио Регулативи 1/2003. Наиме, у том предмету, немачко право дозвољавало је издавачима књига да фиксирају малопродајне цене,³³ што је било противно устаљеном правилу из права ЕУ које забрањује такве праксе, готово апсолутно.³⁴ Фиксирање цена важило је и за увозне књиге. Савет министара „притиснуо“ је Европску комисију усвајањем резолуције која је позивала на очување „културне разноликости“ у Унији (коју је одржавање минималних малопродајних цена књига, наводно, помагало).³⁵ Комисија је успела да се избори да фиксирање малопродајних цена више не важи за књиге које потрошачи увозе лично (између осталог, путем интернет куповине) као и на увозне књиге уопште, осим у случајевима где је сврха увоза управо да се заобиђе прописана минимална цена. Комисија је затим закључила да систем, услед измена које су уведене, не утиче на трговину између Држава чланица. Ово решење се коси директно са ранијим решењем у предмету *VBBB/VBVB*, које је старије и засновано на готово идентичном чињеничном стању.³⁶

Примена одн. непримена права ЕУ може имати и битне грађанскоправне последице. Суд правде је 2001. године, у предмету *Courage* установио да право на накнаду штете за кршење члана 101. УФЕУ постоји на основу права ЕУ, без обзира на став националног права.³⁷ Пет година касније, у пресуди *Manfredi*, Суд је потврдио да се то право односи и на потрошаче, опет без обзира на став националног права.³⁸ Не само то, већ је истом приликом Суд установио и одређена минимална правила у смислу дефиниције накнаде штете, која подразумева, на нивоу ЕУ, право на стварну штету, измаклу добит и камату.³⁹ Овим је критеријум утицаја на трговину између Држава чланица стекао потенцијално пресудан значај за оштећену страну.

³³ У складу са чланом 15. немачког Закона о ограничењима конкуренције из 1957 (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*).

³⁴ Ради се о тзв. „хардкор“ ограничењу конкуренције: в. Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices OJ [1999] L336/21, члан 4.

³⁵ *Council Resolution*, loc. cit. фуснота 31 изнад.

³⁶ Предмет IV/428, [1982] OJ L54/36; в. *G. Monti*, „Article 81 EC and Public Policy,“ 39 *Common Market Law Review* (2002) 1057, 1084-1086.

³⁷ Предмет C-453/99, *Courage v. Crehan* [2001] ECR I-6297, пара. 26.

³⁸ *Manfredi*, loc. cit. фуснота 20. изнад, пара. 53. до 64. и друго питање националног суда.

³⁹ *Ibid.*, пара. 95.

6. Процесни значај утицаја на трговину

У данашње време, част ретким изузецима, материјално право конкуренције у ЕУ ће, углавном, бити исто, без обзира да ли се примењује национална или ЕУ „верзија.“ Међутим, чак и у одсуству материјалноправних разлика, примена критеријума утицаја на трговину између Држава чланица може имати битне процесне последице.

Враћајући се на већ поменути предмет *Dutch Giro Payments*, процесни проблем је постао евидентан током управног спора холандских банака против решења Европске комисије Наиме, Основни суд ЕУ је одбио као неоснован захтев за поништај решења Комисије између осталог стога што, сходно етаблираној пракси Суда правде, право на поништај акта постоји само против оних његових делова који „негативно утичу на правни положај странке;“ Европска комисија је закључила да холандске банке нису прекршиле члан 101. УФЕУ, те је Основни суд установио да спорно решење није негативно утицало на њихов правни положај.⁴⁰ Разлог зашто су банке ипак желеле поништај јесте што, иако је установљено да право конкуренције ЕУ није прекршено (услед неиспуњавања критеријума утицаја на трговину), из образложења решења јасно произилази да је постојао рестриктивни споразум, који је, по свој прилици, био противан холандском праву конкуренције. Формално гледано, холандски органи/судови били би обавезани решењем Комисије којим се утврђује да јесте дошло до кршења члана 101. УФЕУ,⁴¹ као што би (мада то није скроз јасно на основу позитивног права) били обавезани изреком Комисије да није било кршења истог.⁴² Међутим, решење којим се установљава да нема кршења права конкуренције ЕУ стога што је изостао утицај на трговину између Држава чланица оставља одрешене руке националним органима/судовима да самостално процене постојање евентуалног кршења националног права конкуренције, стога што се не ради о мериторном већ о процесном акту, којим се, у суштини, Комисија проглашава ненадлежном.

⁴⁰ Предмет T-138/89, *Nederlandse Bankiersvereniging and Nederlandse Vereniging van Banken v. Commission* [1992] ECR II-2181, пара. 31-32.

⁴¹ Регулатива 1/2003, *loc. cit.* фуснота 28. изнад, чл. 16. ст. 1.

⁴² У прилог обавезујућем дејству решења којим се установљава да не постоји кршење чл. 101/102. УФЕ, в. V. Milutinović, „The ‘Right to Damages’ in a ‘System of Parallel Competences: A Fresh Look at *BRT v. SABAM* and its Subsequent Interpretation,“ у P. Lowe и M. Marquis (уредници), *European Competition Annual 2011: Integrating Public and Private Enforcement-Implications for Courts and Agencies* (Оксфорд, Hart, 2014.), стр. 341,353-357.

7. Директива о накнади штете

У тренутку закључивања овог чланка, очекује се да Савет одобри директиву која регулише питања права накнаде штете на основу европског и националног права конкуренције („Директива о накнади штете“ или „Директива“).⁴³

Директива покушава, у начелу, да реши проблем различитих права оштећених на основу европског и националног права конкуренције тако што прописује заједничка правила за све. Тако би право на накнаду штете установљено у пресудама *Courage* и *Manfredi*, са све минималним дефиницијама штете, важило без обзира да ли се примењује национално или европско право конкуренције.⁴⁴ Такво решење је предвидела Европска комисија као предлагач акта. Међутим, с обзиром да је за усвајање Директиве примењен члан 114. УФЕУ, односно процедура која предвиђа да о акту одлучује не само Савет већ и Европски парламент, текст Комисије је доста измењен и продужена је преамбула 10. која сада поништава овај општи принцип, тиме што „појашњава“ да се Директива примењује само у случајевима где постоји утицај на трговину између Држава чланица. За понадати се је да такав текст преамбуле 10. неће опстати у коначној верзији Директиве, јер би се тиме обесмислило укључење Европског парламента у цео поступак. Наиме, регулисање права конкуренције ЕУ је искључива надлежност органа ЕУ,⁴⁵ те нема потребе за употребом члана 114. који се тиче приближавања националних правних система, као ни улоге за Европски парламент, јер акта везана чисто за право конкуренције ЕУ усваја Савет сам (на основу члана 103. УФЕУ), као што је био случај са Регулатором 1/2003.

Под претпоставком да ће се Директива примењивати, ипак, како на европско тако и на национално право конкуренције, стране у поступку би уживале висок степен хармонизације права, јер би имали једнака права што се тиче, између осталог, дефиниције штете,⁴⁶ могућности такозваних индиректних купаца да добију накнаду штете

⁴³ В. Европска комисија, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European union* COM(2013) 404.

⁴⁴ В. најновију верзију предлога Директиве (са амандманима Европског парламента), доступну на интернет страници: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>, 11.11.2014., чл. 2.

⁴⁵ Сходно чл. 3. УФЕУ.

⁴⁶ *Loc. cit.* фуснота 43. изнад, чл. 2.

и,⁴⁷ што је процесно најбитније, приступа доказима, како доказима у поседу супротне стране тако и доказима у поседу Европске комисије и националних органа за заштиту конкуренције.⁴⁸ Оштећени би такође уживали у сличном мада нешто ужем обавезујућем дејству решења националних органа за заштиту конкуренције у парничном поступку у односу на обавезујуће дејство које сада уживају решења Европске комисије.⁴⁹

Ако допуна преамбуле коју је дао Европски парламент ипак опстане, утицај на трговину ће добити још већи значај. Примена Директиве о накнади штете искључиво на случајеве где се примењује право ЕУ или истовремено право ЕУ и национално право учинила би да читав арсенал процесних права зависи од постојања утицаја на трговину. За претпоставити је да ће после истека рока за примену Директиве већина, ако не и све Државе чланице хтети да себи „олакшају живот“ тако што ће усвојити правила за оштећене у „националним, случајевима која су истоветна онима која постоје за „европске“ случајеве у Директиви (на основу етаблиране праксе Суда правде, права у „националним“ случајевима смеју бити лошија али не и боља од права која се дају оштећенима у еквивалентним „европским“ случајевима⁵⁰), али то не мора бити случај. Тако је, примера ради, обавезујуће дејство решења из управног поступка у парници сматрано веома спорним у неколико Држава чланица,⁵¹ док неки национални органи за заштиту конкуренције „љубоморно“ држе до доказа који су у њиховом поседу,⁵² те је велико питање шта би заиста могло да „прође“ када би се ствари препустиле националним законодавцима.

8. Закључак

Обзиром на његову велику практичну важност, запањујуће је у коликој је мери критеријум утицаја на трговину између Држава чланица остао флексибилан и отворен након више од пола века примене. Истини за вољу, у прве три деценије, усвојена су тумачења

⁴⁷ *Ibid.*, чл. 12; за проблем индиректних купаца, в. V. Milutinović, *loc. cit.* фуснота 22 изнад, Поглавља 9. и 10.

⁴⁸ *Ibid.* чл. 5. и 6.

⁴⁹ *Ibid.* чл. 9; упоредити са чл. 16. Регулative 1/2003, *loc. cit.* фуснота 28. изнад.

⁵⁰ Предмет 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976] ECR 1989, пара. 5.

⁵¹ V. Milutinović, *loc. cit.* фуснота 41 изнад, стр. 357-360.

⁵² В. Предмет C-360/09, *Pfleiderer v. Bundeskartellamt* [2011] ECR I-5161.

која су веома широка, ширећи самим тим и поље примене европског права конкуренције. Међутим, тумачења Суда правде су постала помало конфузна после пресуде *Bagnasco*, јер више није јасно да ли и под којим условима национални картел, који затвара једно национално тржиште, представља, сам по себи, утицај на трговину између Држава чланица. Исто тако, допринос *Смерница* Комисије је ограничен, стога што оне јасно дефинишу само шта *није* утицај на трговину између Држава чланица, а не шта *јесте* и то углавном у случајевима када се ради о јако малим учесницима на тржишту, односно јако малим рестриктивним споразумима и злоупотребама доминантног положаја. Самим тим, велики број „средњих“ па чак и релативно великих прекршаја остаје у својеврсној сивој зони између националног и европског права.

Деведесетих година прошлог века, са наизглед спонтаном хармонизацијом националних материјалних прописа о заштити конкуренције са члановима 101. и 102. УФЕУ, критеријум утицаја на трговину је битно изгубио на значају. Међутим, та ситуација није трајала дуго, јер је већ 2004. уведена обавеза истоветног исхода (конвергенције) европског и националног права у свим предметима где се примењује ово прво, што је утицају на трговину дало посебно место. Док је развој самог критеријума остао статичан, његов практичан значај се сада налази на критичној раскрсници, где може или поново опати или поново порасти, на драстичнији начин него икада пре. Ово је услед Директиве о накнади штете, која је тренутно у финалној фази усвајања и која предвиђа веома далекосежну хармонизацију како материјалног права на штету тако и процесних права које служе његовом остварењу.

Суштинско питање које стоји иза сваке расправе о утицају на трговину између Држава чланица јесте савремена улога националног права конкуренције у ЕУ. Ако се узме у обзир истоветност материјалних прописа, обавеза националних органа и судова да примењују право ЕУ (тамо где постоји утицај на трговину), па затим обавеза конвергентног исхода, те идеја да би тржиште Уније требало да буде јединствено и ако се на све то дода и једна директива која ће хармонизовати добар део правила везаних за накнаду штете, потреба за даљим опстанком националних материјалних прописа у овом домену постаје упитна. Значење и значај критеријума утицаја на трговину између Држава чланица су нераскидиво повезани са односом националног права и права ЕУ. Све док се Државе чланице не усагласе око суштине тог односа (а Директива о накнади штете

би могла бити битан корак у том правцу), није разумно очекивати да тај критеријум добије некакав коначан, стабилан и предвидив облик.

Ass.prof. Veljko Milutinović, Ph.D

Graduate School of International Economics,

Megatrend University Belgrade

Consultant (Legal Expert) on the project

EU Policy and Legal Advice Centre for the

issues of the implementation of the Directive on services in Serbia

**MEANING AND SIGNIFICANCE OF CRITERIA OF
EFFECT TO THE TRADE BETWEEN MEMBER STATES
IN EU COMPETITION LAW AND MEMBER STATES**

Summary

The criterion of effect on trade between Member States has served, for more than half a century, as the dividing criterion for the application of national and EU competition law, respectively. This criterion, which has gone through both expansion and contraction and then further expansion in terms of its scope of application, is gaining importance with time, due to the ever-greater substantive and procedural consequences of the applicability or inapplicability of EU competition law. The only way in which this crucial question will be placed under a solid framework is if the relationship between national and EU competition law were determined beforehand, something which, to some extent, the new Directive on Damages Actions, currently in the final phase of adoption, aims to do.

Key words: competition law, EU, Directive on Damages Actions, national law.