

DIJANA MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ

PRIMENA PRAVA KONKURENCIJE NA ORGANE JAVNE VLASTI

U V O D

Pravo konkurencije se primenjuje na subjekte koji učestvuju u razmeni robe i usluga na tržištu. Po pravilu, to su privredna društva i fizička lica koja se individualno bave privrednom aktivnošću (preduzetnici). Pored njih, u odnosima razmene mogu učestvovati i subjekti kojima privredna aktivnost nije glavni ili jedini cilj, kao što su neprofitna pravna lica i ustanove javnopravnog karaktera.

Država i njene teritorijalne jedinice, preko svojih organa, tela sa pravnim subjektivitetom koje osnivaju i lica kojima poveravaju vršenje javnih ovlašćenja, pojavljuju se u tržišnim odnosima u dvojakoј ulozi. Javna vlast određuje uslove pod kojima će se odvijati razmena robe i usluga na tržištu i donosi propise i pojedinačne akte koje mogu ograničavati slobodnu tržišnu utakmicu. Javna vlast se, osim toga, i sama često pojavljuje kao kupac ili prodavac robe i usluga na tržištu.

Postavlja se pitanje da li se pravo konkurencije primenjuje na javnu vlast i lica koja ona osniva ili kontroliše ili im poverava vršenje javnih ovlašćenja, te, ukoliko je odgovor potvrđan, pod kojim uslovima?

Dr Dijana Marković-Bajalović, profesor Fakulteta za evropske pravno političke studije "Educons", Novi Sad i pravni ekspert na EU projektu "Podrška provođenju propisa u oblasti konkurencije u BiH i dalje jačanje konkurencijske politike, uključujući i komponentu državne pomoći".

Imunitet države u međunarodnom pravu

Problem primene prava konkurencije na organe javne vlasti može se posmatrati kao analogan problemu podvrgavanja jedne države jurisdikciji sudova drugih država. U međunarodnom pravu u vezi sa tim razvile su se teorije apsolutnog i ograničenog imuniteta strane države.¹ Klasična teorija apsolutnog imuniteta počivala je na stavu da država ne može odgovarati pred stranim sudovima za akte koja počinje njeni organi, na osnovu principa *par in parem non habet iudicio*. Drugim rečima, podvrgavanje države i njenih organa sudovima strane države vređalo bi njen suverenitet. Teorija ograničenog imuniteta razvijena je tokom 19. veka od strane anglosaksonskih sudova, u vreme kada su države počele da se više mešaju u privredni život i neposredno se uključuju u trgovinske tokove. Po teoriji ograničenog imuniteta, mora se povući razlika između akata države javnog i privatnog karaktera – *acta iure imperii* i *acta iure gestionis*. Akti *iure imperii* su akti suverenog karaktera i u pogledu njih se državi pruža imunitet pred sudovima. Akti *iure gestionis* su akti komercijalne prirode, u pogledu kojih država nema imunitet, već je podvrgnuta jurisdikciji suverene vlasti na određenoj teritoriji: “Kada je vlada ili drugi ovlašćeni državni organ strana u redovnom trgovačkom poslu, ne sme joj se dozvoliti da kasnije ne prizna svoje obaveze iz tog posla, pozivajući se na svoje državne prerogative. Ne sme joj se dozvoliti da se ponaša kao Bog na sceni, kao duh iz mašine (*deus ex machina*), koji nema ništa sa prethodno preuzetim obavezama. Vlada je posao započela u svojstvu trgovca i mora ga u istom svojstvu i završiti. Stoga Vlada može biti tužena za povredu ugovorne obaveze i svoja nedozvoljena činjenja i nečinjenja kao i svaki drugi trgovac.”² Prema ovom shvatanju, mogućnost pozivanja države na imunitet pred sudovima zavisi u prvom redu od prirode spornog akta. U svakom konkretnom slučaju mora se utvrditi da li je država putem svojih organa i tela vršila akte vlasti ili je bila učesnik u komercijalnim transakcijama. Teorija ograničenog imuniteta nije univerzalno prihvaćena. Njeni protivnici su države koje se pojavljuju u međunarodnoj trgovini kao kupci robe i usluga (nerazvijene i zemlje u razvoju, bivše socijalističke države), pri čemu žele da izbegnu mogućnost da im se za neizvršavanje njihovih ugovornih obaveza sudi pred sudovima drugih država. Ove zemlje su se zalagale za to da svaka država samostalno određuje koje će se njene aktivnosti smatrati *iure imperii*, a koje *iure gestionis*, te da se pravna kvalifikacija aktivnosti ne može menjati odlukom suda druge države.³

¹ Vid. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2012, s. 215 i dalje.

² Engleski sudija Lord Denning u slučaju *I Congreso del Patrído*, navedeno prema R. Folsom, M. Gordon, J. Spagnole, *Međunarodni trgovački poslovi*, Visio mundi academic press, 1997, s. 222.

³ Folsom *et al.*, *op. cit.*, s. 222.

Navedene razlike u stavovima došle su izražaja prilikom usvajanja Konvencije UN o sudskim imunitetima država i njihove imovine.⁴ Prema toj konvenciji, država neće uživati imunitet pred sudovima ukoliko spor potiče iz komercijalnih transakcija u kojima je druga strana strano pravno ili fizičko lice. Definicija pojma komercijalne transakcije data je u članu 2 stav 1 tač. c) Konvencije. Komercijalna transakcija je svaki privredni ugovor ili transakcija za prodaju robe ili pružanje usluga, svaki ugovor o zajmu ili drugi ugovor finansijske prirode, uključujući i obavezu garancije ili jemstva za te ugovore i svaki drugi ugovor ili transakcija privredne, industrijske, trgovinske ili profesionalne prirode, izuzev ugovora o radu. Za ovaj rad od značaja je rešenje Konvencije prema kome se razgraničenje komercijalnih od nekomercijalnih transakcija vrši prevashodno na osnovu kriterijuma prirode samog ugovora ili transakcije. Svrha ugovora ili transakcije uzeće se u obzir ako je u praksi države foruma od značaja za određivanje nekomercijalnog karaktera transakcije.⁵ Time je državama potpisnicima praktično dozvoljeno da razgraničenje akata države *iure imperii* i *iure gestionis* vrše samo na osnovu kriterijuma prirode konkretne transakcije ili i primenom dopunskog kriterijuma cilja transakcije. U praksi, to znači da, na primer, ugovor o nabavci naoružanja i vojne opreme od strane privatnog proizvođača može predstavljati komercijalnu transakciju, ako se posmatra isključivo njena priroda (ugovor o prodaji), ili nekomercijalnu transakciju, ako se uzme u obzir i svrha zbog koje se nabavka vrši (opremanje vojske, što je akt javne vlasti *par excellence*).

Evropska konvencija o imunitetu države iz 1972. godine⁶ ne definiše načelno principe za razgraničenje akata *iure imperii* i *iure gestionis*. Umesto toga, Konvencijom se taksativno propisuju situacije kada država neće uživati imunitet pred stranim sudovima. Između ostalog, država nema imunitet ukoliko zajedno sa privatnim licima učestvuje u privrednom društvu, udruženju ili drugom pravnom licu koje ima sedište, registrovano sedište ili glavno mesto poslovanja na teritoriji države foruma, za sporove koji proističu iz odnosa države sa drugim članovima društva, udruženja ili pravnog lica.⁷ Drugo, država neće uživati imunitet ako na teritoriji države foruma ima kancelariju, zastupništvo ili drugi nastan preko koga se angažuje, na isti način kao i privatno lice, u proizvodnim, trgovačkim i privrednim aktivnostima, a postupak je u vezi sa aktivnostima te kancelarije, zastupništva ili nastana.⁸ Država neće uživati imunitet ni u pogledu sporova koji se

⁴ UN Convention on Jurisdictional Immunity of State and Their Property, usvojena u Njujorku 2004. godine. Konvencija još uvek nije stupila na snagu.

⁵ Član 2 stav 2 Konvencije UN. Svrha ugovora će se uzeti u obzir i ako se ugovorne strane tako saglase.

⁶ European Convention on State Immunity.

⁷ Član 6 Evropske konvencije.

⁸ Član 7 Evropske konvencije.

tiču prava intelektualne svojine registrovanih na teritoriji države foruma,⁹ kao ni i pogledu sporova koji se odnose na nepokretnosti na teritoriji države foruma.¹⁰

SAD su jedna od retkih država koje je pitanje sudskog imuniteta država uredila Zakonom o imunitetu države iz 1976. godine. Jedan od izuzetaka propisanih tim zakonom, kada se državi uskraćuje imunitet pred stranim sudovima, jesu trgovački poslovi. Zakonom se ne definiše pojam trgovačkog posla, a istorijsko tumačenje ukazuje da su redaktori Zakona imali na umu poslove koje redovno zaključuju privredna društva i preduzetnici radi sticanja dobiti.¹¹

Iz navedenih rešenja jasno proističe da se državi može suditi za njene akte komercijalne prirode, ali je i dalje nedovoljno jasno šta je kriterijum razgraničenja komercijalnih od nekomercijalnih akata, već je to pitanje uglavnom prepušteno na rešavanje sudskoj praksi. Primarni kriterijum razgraničenja akata vlasti od komercijalnih akata jeste priroda samog akta. Time se postiže da pojmovi akata vlasti i komercijalnih akata javne vlasti bivaju definisani samim sobom. Komercijalni akt javne vlasti je svaki akt koji je po svojoj prirodi takav. Svrha transakcije može imati uticaja za određivanje njenog karaktera, jer ukoliko je svrha nekomercijalne prirode, to može imati za posledicu i da se čitava transakcija smatra nekomercijalnom. No, ovde je potrebno utvrditi koji su ciljevi nekomercijalni, što nas opet vraća na polazno stanovište – da su neki akti po svojoj prirodi akti vlasti, dok drugi akti sami po sebi komercijalnog karaktera.

Javna vlast kao subjekt prava konkurencije u Evropskoj uniji

Kriterijum razgraničenja akata vlasti od akata komercijalnog karaktera načelno se koristi i u pravu Evropske unije, prilikom odlučivanja da li se norme prava konkurencije primenjuju na državne organe, druga tela javnog prava i pravna lica koje javna vlast kontroliše ili im poverava vršenje javnih ovlašćenja. U Ugovoru o funkcionisanju EU (u daljem tekstu: UFEU) i sekundarnim aktima EU, subjekt prava konkurencije određuje se pojmom preduzeće (eng. *undertaking*, nem. *Unternehmen*, franc. *enterprise*, ital. *impresa*, slo. *podjetje*). U praksi organa EU sadržina pojma preduzeća određuje se primenom funkcionalnog pristupa, utemeljenog u slučaju Makrotron: "Pojam preduzeća obuhvata svako telo koji se bavi privrednom aktivnošću, nezavisno od njegovog pravnog statusa i načina finansiranja."¹² Navedena definicija preuzeta je u primarne izvore prava EU članom 1 Protokola 22 Sporazuma o evropskom ekonomskom prostoru: "Preduzeće je svaki subjekt koji se bavi aktivnostima trgovinske ili ekonomske prirode." Linija

⁹ Član 8 Evropske konvencije.

¹⁰ Član 9 Evropske konvencije.

¹¹ Folsom *et al.*, *op. cit.*, s. 229.

¹² *Höfner und Elser v. Macrotron*, C-41/90, ECR 1991 I-1979, par. 21.

personalnog razgraničenja polja primene prava konkurencije EU povlači se saglasno karakteru aktivnosti koju subjekt obavlja u konkretnom slučaju, a ne njegovoj pripadnosti kategorijama javnopravnih, odnosno privatnopravnih subjekata. Pravo konkurencije EU primenjuje se i na javnopravne subjekte kada preduzima ju ili se bave privrednim aktivnostima. Stoga je u cilju utvrđivanja da li je akt javnopravnog subjekta regulisan normama prava konkurencije bitno utvrditi da li taj akt ima privredni karakter.

Privredna aktivnost je u praksi Suda pravde definisana kao svaka aktivnost koja se sastoji u ponudi robe i usluga na tržištu.¹³ Ona podrazumeva preuzimanje finansijskog rizika u cilju dobijanja novčane naknade za isporučenu robu ili pružene usluge.¹⁴ Visina naknade se uobičajeno ugovara između prodavca, odnosno pružaoca i kupca, odnosno primaoca usluge,¹⁵ u iznosu koji omogućuje ostvarivanje profita ili, makar, pokriva troškova.

Akt javne vlasti kojim se određenom subjektu poverava zakonski monopol na vršenje određene delatnosti komercijalnog karaktera, ne može se sankcionisati primenom čl. 101 i 102 UFEU, ako akt po svojoj prirodi predstavlja vršenje vlasti, pri čemu nije presudan naziv koji akt nosi i karakter subjekta kome se poverava ekskluzivitet u obavljanju delatnosti. U slučaju *Korin Bodson*,¹⁶ postavilo se pitanje usaglašenosti monopolskih koncesija za obavljanje pogrebnih usluga na teritoriji pojedinih francuskih komuna. Prema francuskom Zakonu o komunama iz 1904. godine, obavljanje "eksternih" pogrebnih usluga određeno je kao komunalna nadležnost. Veliki broj komuna, njih oko 5.000 (u kojima je živelo 45% ukupne populacije u Francuskoj) imao je zaključene ugovore o koncesiji, kojima se obavljanje eksternih pogrebnih usluga poveravalo privatnim licima. Od tih opština, više od polovine (2.800) poverilo je pogrebne usluge zavisnim društvima kompanije *Pomp Funebre*. Gospođa *Bodson* tužena je pred francuskim sudom zbog povrede monopola pomenute kompanije, jer je pružala pogrebne usluge u gradu sa kojim je kompanija imala zaključen ugovor o koncesiji. Francuski sud zatražio je preliminarno mišljenje od Suda pravde u pogledu mogućnosti primene čl. 101 i 102 UFEU na opisanu situaciju. Sud pravde je stao na stanovište da opština koja zaključuje ugovor o koncesiji radi ustupanja javnih ovlašćenja koja ima na osnovu zakona nije preduzeće u smislu člana 101 UFEU, te se navedeni član ne primenjuje na francusku opštinu u datoj situaciji, a ekskluzivni ugovor o koncesiji izmiče generalnoj zabrani sporazuma kojima se ograničava konkurencija.

¹³ *Commission v. Italy*, C-118/85, ECR 1987, 2599.

¹⁴ *Pavel Pavlov and Others v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, C-180/98 i 184/98, par. 2.

¹⁵ *Belgian State v. René Humble and Marie-Thérèse Edel*, C-264/86, ECR 1988 5365, par. 17.

¹⁶ *Corinne Bodson v. SA Pompes funèbres des régions libérées*, C-30/87, ECR 1998, 2479.

Međutim, preduzeće kome je data isključiva koncesija za pružanje pogrebnih usluga, te uživa dominantan položaj po tom osnovu, dužno je da poštuje zabranu zloupotrebe dominantnog položaja iz člana 102 UFEU. Ono može biti sankcionisano zbog toga što, na primer, naplaćuje previsoke (monopolske) cene za svoje usluge, čak i ako nivo cena proističe iz specifikacija sadržanih u ugovoru o koncesiji.

Navedeno ne znači da ekskluzivitet u obavljanju pogrebnih usluga, kao i bilo koji drugi zakonski monopol, apsolutno izmiče preispitivanju od strane organa EU. Članom 106 stav 1 zabranjeno je državama-članicama da uvode ili održavaju na snazi mere suprotne odredbama UFEU, a posebno pravilima konkurencije. To znači da Komisija EU može pokrenuti spor pred Sudom pravde protiv države-članice koja krši obaveze iz UFEU preuzete pristupanjem EU. Međutim, Komisija EU ne može voditi postupak zbog povrede pravila konkurencije protiv francuske opštine koja je zaključila ugovor o koncesiji za pružanje pogrebnih usluga sa privatnim licem na osnovu svojih zakonskih prerogativa, jer u takvom slučaju francuska opština nije preduzeće u smislu čl. 101 i 102 UFEU.

Akt javne vlasti može vršiti i lice koje ima odvojen pravni subjektivitet u odnosu na državu. To je eksplicitno konstatovao Sud pravde u slučaju Komisija protiv Italije.¹⁷ Pošavši od činjenice da država može delovati bilo izvršavanjem javnih ovlašćenja, bilo obavljanjem privrednih aktivnosti industrijske ili trgovačke prirode, nudeći robu ili usluge na tržištu, Sud je istakao da za pomenutu distinkciju nije od značaja da li država određene aktivnosti obavlja putem odvojenog tela na koje vrši odlučujući uticaj ili ih obavlja direktno putem tela koje čini sastavni deo javne administracije.¹⁸

U slučaju Kali protiv Službe za ekologiju đenovske luke,¹⁹ Sud pravde je jasno ukazao da i lice privatnog prava kada vrši akte javne vlasti koji su mu povereni, nije preduzeće u smislu pravila konkurencije UFEU. Uprava đenovske luke, sa svojstvom lica javnog prava, donela je propise kojima je uredila način nadzora i uklanjanja zagađenja luke od otpada sa brodova. Početkom devedestih godina, Uprava luke je donela dekret kojim je vršenja nadzora i uklanjanja zagađenja u vidu koncesije poverila na obavljanje Službi za ekologiju. Služba za ekologiju bila je osnovana u formi lica privatnog prava i finansirala se novcem od tarifa koji je naplaćivala od brodarka za usluge čišćenja luke. Visina tarife bila je određena u srazmeri prema tonaži broda, količini utovarene robe i trajanju boravka broda u luci, a akt o tarifama bio je potvrđen od strane Uprave Đenovske luke. Firma

¹⁷ *Commission v. Italy*, C-118/85, ECR 1987, 2599.

¹⁸ *Christian Poucet v. Assurances générales de France and Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon*, C-159/91 i C-160/91, ECR 1993 I-00637.

¹⁹ *Diego Cali & Figli Srl. v. Servizi Ecologici Porto di Genova (SEPG)*, C-343/95, ECR 1997, I-01547.

Kali usprotivila se na sudu plaćanju računa koji joj je ispostavila Služba za ekologiju, ističući argumente da uslugu uklanjanja zagađenja nije tražila, da se visina naknade koja se plaća određuje nesrazmerno stvarno prouzrokovanoj šteti od zagađenja, da naknadu moraju da plaćaju i brodovi koji imaju sopstvene pogone za prečišćavanje otpadnih voda, te da zbog toga akt naplaćivanja tarife za zagađenje Službe za ekologiju predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja u smislu člana 102 UFEU.

Sud pravde, postupajući po zahtevu italijanskog suda za preliminarno mišljenje, ukazao je da se, sa aspekta primene člana 102 UFEU, mora napraviti razlika između situacije kada država postupa u vršenju javnih ovlašćenja i one kada se država bavi privrednim, industrijskim ili trgovačkim aktivnostima, nudeći robu i usluge na tržištu. U prvoj situaciji nije od značaja da li država postupa direktno putem tela koje je deo javne administracije ili indirektno preko tela kome je poverila posebna ili isključiva prava. Kako bi se napravila razlika između akata javne vlasti i akata ekonomske prirode, neophodno je ustanoviti prirodu aktivnosti koje vrši javno preduzeće ili preduzeće kojem su poverena posebna ili isključiva prava. Prema stavu Suda pravde, zaštita životne sredine je tipični akt javne vlasti. Nadzor nad zagađenjem koji je obavljala Služba za ekologiju Đenovske luke je zadatak od javnog interesa, koji čini deo osnovnih funkcija države da obezbedi zaštitu životne sredine u morskim područjima. Činjenica da je Služba naplaćivala naknadu za aktivnosti koje je obavljala ne odriče aktivnosti javnopravni karakter, tim pre što je visina naknada bila odobrena od strane javne vlasti. Na osnovu toga Sud je zaključio da se član 102 ne može primeniti na aktivnost nadzora nad zagađivanjem koje obavlja lice privatnog prava na osnovu poverenih javnih ovlašćenja u luci države-članice, čak i kada korisnici luke plaćaju takse da bi finansirali tu aktivnost.

Karakter aktivnosti koji obavlja lice optuženo da krši pravila konkurencije, bio je takođe od presudnog značaja da Sud pravde konstatuje da odredbe o konkurenciji UFEU nisu primenljive u slučaju Eurokontrol.²⁰ Eurokontrol je međunarodna organizacija javnopravnog karaktera, osnovana konvencijom zaključenom između više evropskih država, sa ciljem da se stara o bezbednosti civilnog vazdušnog saobraćaja. Zadatak Eurokontrole sastoji se, između ostalog, u naplati taksi za prelete preko teritorija država potpisnica konvencije. Kada je Eurokontrol pokrenuo spor pred belgijskim sudom za naplatu potraživanja od nemačkog društva SAT, tuženo društvo je stavilo prigovor da u obavljanju svoje funkcije Eurokontrol vređa evropska pravila konkurencije, a posebno član 102 UFEU, naplaćujući različite iznose taksi za prelete u pojedinim državama, čime je sprovodio protivpravnu diskriminaciju avio-kompanija. Tuženi je tvrdio da su funkcije Eurokontrole ekonomskog karaktera, što potvrđuje i činjenica da kontrolu leta u pojedinim državama obavljaju komercijalna pravna lica, da Eurokontrol za svoje us-

²⁰ *SAT Fluggesellschaft mbH v. EUROCONTROL*, C-364/92, 1994 ECR I-00043.

luge naplaćuje naknadu, te da je tuženi od strane Eurokontrola bio tužen pred belgijskim trgovinskim sudom radi naplate potraživanja. Sud pravde nije prihvatio argumente tuženog, navodeći niz činjenica u prilog stavu da Eurokontrol obavlja javnopravne funkcije.

Međunarodnom konvencijom o civilnom vazduhoplovstvu utvrđeno je da svaka država ima potpunu i isključivu nadležnost nad vazdušnim prostorom iznad svoje teritorije, te da odatle proizlazi njeno pravo i dužnost da nadzire vazdušni prostor i pruža usluge kontrole letenja. Eurokontrol je osnovan sa zadatkom da vrši koordinaciju između država članica na tom polju, da istražuje, planira i obučava osoblje. Eurokontrolu su države članice poverile i ovlašćenje da u njihovo ime i za njihov račun naplaćuje takse za prelete, pri čemu visinu takse određuje svaka država samostalno, a Eurokontrol za svoju uslugu uzima proviziju u određenom procentu od takse. Delatnost Eurokontrola se finansira doprinosima država članica. Eurokontrol obavlja i delatnost kontrole letenja nad teritorijama pojedinih država članica koje su mu prenele ovlašćenje za to, ali je Sud pravde istakao da tu uslugu pruža bez razlike svim avionima koji preleću vazdušni prostor određene države, pa čak i avionima kompanija koje nisu platile takse za prelete. Uzevši u obzir celinu aktivnosti koje obavlja Eurokontrol, njihovu svrhu i pravila kojima su podvrgnute, Sud je našao da su povezane sa vršenjem ovlašćenja nadzora i kontrole vazdušnog prostora, koja su tipična javna ovlašćenja, te da nemaju ekonomski karakter koji bi opravdao primenu pravila konkurencije. Stoga je Sud izveo zaključak da međunarodna organizacija kakva je Eurokontrol ne predstavlja preduzeće u smislu odredaba o konkurenciji UFEU. Liniju razgraničenja između vršenja javnih ovlašćenja i privrednih aktivnosti države naročito je teško povući u slučaju fondova obaveznog socijalnog i zdravstvenog osiguranja, koje redovno osniva država sa ciljem obezbeđenja socijalne sigurnosti i zaštite zdravlja svojih građana. Šeme finansiranja fondova i usluga koje pružaju dosta se razlikuju od države do države. Pred Sudom pravde EU se više puta postavilo pitanje da li se fondovi socijalnog ili zdravstvenog osiguranja mogu podvesti pod pojam preduzeća u smislu odredaba o konkurenciji UFEU i pod kojim uslovima?

U slučaju Puse i Pistr,²¹ dvojica francuskih građana osporila su pred francuskim sudovima akt fonda osiguranja kojim im je nametnuta obaveza da plaćaju doprinos za obavezno socijalno osiguranje pripadnika slobodnih profesija tačno određenim osiguravajućim fondovima. Iako nisu osporavali šemu obaveznog socijalnog osiguranja kao takvu, oni su smatrali da imaju slobodu da ugovore socijalno osiguranje sa privatnim fondom osiguranja. Jednostrano utvrđivanje iznosa doprinosa i uslova osiguranja od strane državnih fondova po njima je predstavljalo zloupotrebu dominantne pozicije, suprotne odredbama člana 102 UFEU.

²¹ *Christian Poucet v. Assurances générales de France and Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon*, op. cit.

U svom preliminarom mišljenju Sud pravde je istakao da odredbe UFEU ne zabranjuju državama članicama da uspostavljaju šeme obaveznog zdravstvenog i penzijskog osiguranja. Ta vrsta osiguranja ima karakteristike solidarnosti i služi ostvarenju socijalnih ciljeva. Solidarnost se ogleda u tome što su iznosi doprinosa koji se plaćaju za osiguranje proporcionalni visini zarade, dok koristi od osiguranja uživaju svi osiguranici jednako.

Kod zdravstvenog osiguranja solidarnost se ogleda u činjenici da osiguranje koriste oni kojima je potrebna zdravstvena nega i socijalna sigurnost dok traje nesposobnost za rad zbog bolesti. Kod penzijsko-invalidskog osiguranja, solidarnost se ogleda u tome da doprinose plaćaju lica koje rade, dok penzije uživaju penzionisana lica. Kod šema socijalnog osiguranja, socijalne prinadležnosti uživaju lica u finansijskim teškoćama, a plaćaju ih lica koja imaju viškove prihoda. Fondovima socijalnog osiguranja poveren je od strane države zadatak da upravljaju šemama socijalnog osiguranja. Prilikom izvršavanja poverenih dužnosti oni primenjuju propise i ne mogu samostalno određivati iznose doprinosa, način upotrebe imovine fonda i vidove socijalnih davanja iz fonda. Funkcija koju obavljaju fondovi socijalnog i zdravstvenog osiguranja je socijalna funkcija, koja se bazira na principu solidarnosti i nije profitna. Iz tog razloga aktivnosti socijalnog osiguranja nisu privredne aktivnosti, a organizacije koje se bave tim aktivnostima nisu preduzeća u smislu čl. 101 i 102 UFEU.

Slično rezonovanje Suda pravde može se naći i u slučaju *Cisal*, koji je imao za predmet italijansko obavezno osiguranje od nesreća na poslu.²² *Cisal* je pred italijanskim sudom i telom za zaštitu konkurencije osporio zakonitost prinudne naplate doprinosa za osiguranje od nesreće na poslu za svog zaposlenog, uz argument da je za zaposlenog u spornom periodu ugovorio osiguranje kod privatne osiguravajuće kuće koje je pokrivalo iste rizike, te da obaveza retroaktivnog plaćanja doprinosa državnom fondu osiguranja predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja. Italijanski sud se obratio sa zahtevom za preliminarno mišljenje Sudu pravde ukazujući na sporne elemente zbog kojih mu je bilo teško da samostalno odluči da li je reč o privrednoj aktivnosti ili vršenju poverenih javnih ovlašćenja. Poslovi obaveznog osiguranja od nesreće na poslu su aktom italijanske vlade bili povereni javnoj ustanovi, koja je, međutim, bila ovlašćena da poslove osiguranja organizuje na ekonomskim principima, tako da se obezbedi puna naplata doprinosa i pokriće svih osiguranih rizika. Visina doprinosa bila je srazmerna visini rizika, a rizici grupisani u više različitih kategorija prema ekonomskim merilima. U prvim godinama primene šeme obaveznog osiguranja italijanska državnica dopuštala je ugovaranje privatnog osiguranja od nesreća na poslu, koje je smatrano validnom alternativom državnom osiguranju.

²² *Cisal di Battistello Venzio & C. Sas v. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sur lavoro (INAIL)*, C-218/00.

S druge strane, iznosi doprinosa, te vrsta i visina davanja iz fonda bili su propisani uredbom italijanske vlade. Sud pravde je našao da italijanska šema osiguranja ipak ima socijalan karakter, jer je visina doprinosa bila srazmerna primanjima osiguranika, a maksimalan iznos doprinosa ograničen, uprkos tome što su pojedini rizici bili vrlo visoki. Institut za osiguranje bio je u obavezi da isplaćuje davanja i osiguranicima čiji poslodavci nisu uplaćivali doprinose. Za Sud pravde je odlučujuće bilo to što doprinosi nisu bili direktno srazmerni visini rizika i njihov iznos je potvrđivalo nadležno ministarstvo, dok su vrsta i visina davanja iz fonda bili regulisani propisima italijanske vlade. Na osnovu toga Sud je zaključio da italijanska šema obaveznog osiguranja ima izrazito socijalni karakter, te da predstavlja uslugu od opšteg ekonomskog interesa.

U slučaju Albani²³ obaveznost šeme socijalnog osiguranja i neprofitan karakter fonda nisu, međutim, bili dovoljni da isključe primenu pravila konkurencije. Dopunski penzijski fond tekstilne industrije u Holandiji uspostavljen je granskim kolektivnim ugovorom zaključenim između sindikata i poslodavaca, a osiguranje svih radnika u fondu postalo je obavezno nakon što su vlasti na zahtev granskih udruženja donele odgovarajući propis. Ovaj fond razlikovao se od drugih fondova obaveznog osiguranja po tome što je funkcionisao na principu kapitalizacije uplaćenih doprinosa za osiguranje. Iznos penzije koji se isplaćivao iz fonda bio je uslovljen visinom uplaćenih doprinosa i prihoda fonda ostvarenih ulaganjima sredstava na tržištu kapitala. Pored navedenog, Sud pravde je uzeo u obzir da fond pruža usluge dopunskog penzijskog osiguranja u konkurenciji sa drugim osiguravajućim kućama, te je zaključio da u konkretnom slučaju fond predstavlja preduzeće u smislu pravila konkurencije UFEU.²⁴

U navedenim slučajevima iz oblasti obaveznog osiguranja implicitno provjaja shvatanje organa EU da cilj aktivnosti presudan za razgraničenje privrednih od neprivrednih aktivnosti javne vlasti. U sumnji, ukoliko u konkretnom slučaju pored privrednih postoje i neprivredni elementi, socijalne ili neke druge prirode, smatraće se da aktivnost nema komercijalni karakter i subjekt koji je upražnjava neće imati status preduzeća u smislu čl. 101 i 102 UFEU.

Shvatanje koncepta privredne aktivnosti evoluiralo je u slučaju Fenin,²⁵ u kome su organi EU po prvi put jasno zauzeli stanovište da se, osim karaktera sporne transakcije, mora uzeti u obzir i svrha zbog koje se realizuje. Ovaj slučaj se razlikuje od prethodno navedenih slučajeva još i po tome što su ga meritorno rešavali organi EU, a ne nacionalni sudovi. Udruženje koje je okupljalo prodav-

²³ *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, C-67/96, ECR 1999, I-5863.

²⁴ *Ibidem*, par. 3.

²⁵ *Federacion Nacional de empresas de Instrumentacion Cientifica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) v. Commission of the European Communities*, T-319/99, ECR 2003 II-00357.

ce medicinske robe i opreme žalilo se Komisiji EU da 26 španskih organizacija, među kojima su i tri ministarstva, zloupotrebljava dominantnu poziciju prilikom kupovine te robe, zbog toga što kasni 300 dana i više sa plaćanjem dobavljačima. Navedene organizacije kupovale su medicinsku robu i opremu radi snabdevanja španskih javnih zdravstvenih ustanova. Sama transakcija je u konkretnom slučaju bila nesporno ekonomske prirode, jer su prodavci prodavali naplaćivali punu cenu za prodatu robu, koja je uključivala i izvestan profit. Evropska komisija je, međutim, odbacila prigovor udruženja dobavljača medicinske robe, uz obrazloženje da se sama transakcija (nabavka medicinske robe) ne može posmatrati odvojeno od svrhe zbog koje se realizuje, a to je snabdevanje javnih zdravstvenih ustanova. Iz tog razloga španske organizacije koje pripadaju nacionalnom zdravstvenom sistemu ne mogu se smatrati preduzećima u smislu člana 102 UFEU, pa Komisija ne može voditi postupak protiv njih zbog povrede pravila konkurencije. Stav Komisije je bio preispitivan od strane Suda prve instance i Suda pravde, po žalbama tužioca, i oba puta je bio potvrđen.

Sud pravde je u svojoj odluci po žalbi odvojeno posmatrao karakter aktivnosti snabdevača medicinske robe i njihovih kupaca. Dok je nesporno da snabdevači medicinske robe i opreme obavljaju privrednu aktivnost, budući da se njome bave radi sticanja profita, španske organizacije nabavljaju istu robu za potrebe snabdevanja nacionalnog zdravstvenog sistema i finansiraju nabavku iz fondova socijalnog osiguranja i drugih državnih fondova. Španske zdravstvene ustanove pružaju zdravstvene usluge besplatno, a čitav sistem funkcioniše na principu solidarnosti. Iz toga razloga, Sud je smatrao da španske organizacije u okviru nacionalnog zdravstvenog sistema nisu preduzeća u smislu člana 102 UFEU kada se pojavljuju na tržištu nabavke medicinske robe.

*Obavljanje usluga od opšteg ekonomskog interesa
kao izuzetak od primene pravila konkurencije*

Članom 106 stav 2 UFEU propisan je izuzetak od primene pravila konkurencije u odnosu na preduzeća koja obavljaju usluge od opšteg ekonomskog interesa ili koja imaju karakter finansijskog monopola. Pravila konkurencije neće se primenjivati na ta preduzeća, ukoliko bi primena pravila konkurencije sprečila, pravno ili faktički, obavljanje zadatka koji im je poveren. Subjekti kojima je povereno obavljanje usluga od opšteg ekonomskog interesa ili finansijski monopol mogu imati javnopravni ili privatnopravni karakter. U prvom slučaju, reč je o ustanovama, zavodima, agencijama i drugim subjektima javnog prava. Nije od značaja da li poseduju zaseban pravni subjektivitet ili su integrisani u administrativnu strukturu države.²⁶ U drugom slučaju najčešće se radi o privrednim društvi-

²⁶ *Commission v. Italy*, op. cit.

ma kojima javna vlast poverava vršenje određenog javnog ovlašćenja. U ovu kategoriju spadaju i javna preduzeća, kategorija privrednih društava koja osniva javna vlast, samostalno ili zajedno sa privatnim licima, najčešće radi pružanja određenih usluga od opšteg ekonomskog interesa. Nezavisno od kategorije subjekta, pravila konkurencije EU se neće primenjivati ukoliko su zadovoljena dva uslova: 1) da se subjekt bavi aktivnošću koja predstavlja uslugu od opšteg ekonomskog interesa ili ima karakter finansijskog monopola i 2) da bi primena pravila konkurencije sprečila, pravno ili faktički, obavljanje te aktivnosti.

Pojam usluge od opšteg ekonomskog interesa je specifičan pojam evropskog prava. Pojam se pominje, iako ne definiše u članu 14 UFEU i Protokolu 26 UFEU o uslugama od opšteg ekonomskog interesa. U Komunikaciji Komisije o uslugama od opšteg ekonomskog interesa iz 2001. godine te usluge definisane su kao tržišne usluge koje su za države članice ili Zajednicu predmet posebne obaveze javne službe primenom kriterijuma opšteg interesa.²⁷ Pojam usluge koristi se u širem značenju od uobičajenog, jer može da se odnosi i na snabdevanje proizvodima.²⁸ Atribut ekonomski odnosi se na usluge (koje se pružaju pod ekonomskim uslovima), dok interes čijem ostvarenju treba da služe mora biti opšti.²⁹ Pojam se samo do izvesne mere poklapa sa pojmom javne službe koji postoji u pojedinim nacionalnim pravnim sistemima.³⁰ Pojam javne službe je širi i obuhvata i usluge koje se ne pružaju po tržišnim principima. Sud pravde je u slučaju Korbo³¹ definisao bitne elemente pojma usluge od opšteg ekonomskog interesa: univerzalan karakter (obaveza snabdevanja svih korisnika), jednakost svih korisnika u pogledu uslova korišćenja (cene i kvaliteta), te irelevantnost konkretnih ekonomskih uslova pod kojima se usluga pruža, odnosno obaveza pružanja usluga i u situaciji kada to nije ekonomski isplativo. Obavljanje usluga mora biti eksplicitno povereno određenom subjektu aktom javne vlasti.³²

U pomenutom slučaju Makrotron pitanje primene pravila konkurencije na javnopravnu ustanovu koja obavlja uslugu od opšteg ekonomskog interesa postavilo se indirektno, u okviru glavnog pitanja dopuštenosti zakonskog monopola nemačkog Zavoda za zapošljavanje. Nemačkim Zakonom o podsticanju zapošljavanja dodeljeno je tom zavodu isključivo pravo pružanja usluga posredovanja u zapošljavanju na teritoriji Nemačke. Zakonom su čak bile propisane i sankcije

²⁷ *Communication on services of general economic interest*, 2001. O.J. C17.

²⁸ Na primer, snabdevanje električnom energijom. *Almelo*, C-393/92, 1994. ECR I-1477.

²⁹ A. Jones, B. Surfin, *EC Competition Law*, Oxford 2004 s. 537.

³⁰ N. Nolte, *Deregulierung von Monopolen und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse*, Frankfurt am Mein 2004, s. 66.

³¹ *Corbeau*, C-320/91, 1993 ECR I-2463.

³² V. Emmerich, *Kartellrecht*, München 2012, s. 293.

za lica koja se neovlašćeno bave uslugama posredovanja u zapošljavanju. Uprkos tome, Zavod je tolerisao postojanje privatnih agencija koje su se bavile posredovanjem na tržištu menadžerskih usluga. Zavod je čak distribuirao cirkular u kome je izrazio spremnost da dopusti aktivnost konsultantskih agencija pod određenim uslovima. Kada je jedna od tih agencija zatražila od dvojice menadžera plaćanje provizije za pruženu uslugu posredovanja u nalaženju posla, oni su pred nemačkim sudom tražili utvrđenje ništavosti ugovora o posredovanju sa aspekta povrede Zakona o podsticanju zapošljavanja. Nemački sud je zastao sa postupkom da bi pribavio preliminarno mišljenje Suda pravde u pogledu usklađenosti zakonskog monopola nemačkog Zavoda za zapošljavanje sa pravilima konkurencije EU. Sud pravde je objasnio da usluga posredovanja u zapošljavanju po svom karakteru predstavlja privrednu uslugu, bez obzira što je u konkretnom slučaju obavlja lice javnog prava – zavod za zapošljavanje koji je osnovan aktom javne vlasti i koji pruža uslugu posredovanja besplatno. Sud je uzeo u obzir činjenicu da se usluga posredovanja u zapošljavanju može pružati i da se u praksi pruža kao privredna usluga, za koju se naplaćuje naknada, te da nemački poslodavci plaćaju doprinose iz kojih se finansira aktivnost Zavoda. Aktivnost nemačkog Zavoda za zapošljavanje predstavlja, po mišljenju Suda pravde, uslugu od opšteg ekonomskog interesa, ali ona nije izuzeta od primene pravila konkurencije, jer nije ispunjen poslednji uslov – da bi primena tih pravila sprečila obavljanje poverenih usluga.³³ U konkretnom slučaju, činjenica da je Zavod za zapošljavanje pružao uslugu posredovanja pri popunjavanju menadžerskih pozicija u konkurenciji sa privatnim konsultantskim agencijama ukazivala je upravo obrnuto – da zakonski monopol nemačkog zavoda onemogućava da tražnja na tržištu zapošljavanja bude zadovoljena, odnosno da nemački zavod ne može da izbegne da zloupotrebljava svoju dominantnu tržišnu poziciju, suprotno članu 102 tač. b) TFEU koji zabranjuje ograničavanje tržišta na štetu potrošača.

U slučaju Korbo bliže su definisani uslovi pod kojima su preduzeća koja obavljaju usluge od opšteg ekonomskog interesa izuzeta od pravila konkurencije. Slučaj je imao za predmet monopol belgijske pošte za prikupljanje, prenos i isporuku pošiljki na teritoriji Belgije. Zakonom su bile predviđene krivične sankcije za slučaj kršenja monopola. Belgijski građanin Korbo ustanovio je sopstvenu ekspresnu poštansku službu na teritoriji okruga Liježa, za prikupljanje pošiljaka od pošiljaoca i dostavljanje primaocu da podneva narednog dana. Pošto su belgijski organi pokrenuli krivični postupak protiv Korboa, belgijski sud se obratio Sudu pravde sa zahtevom za preliminarno mišljenje o usklađenosti zakonskog poštanskog monopola sa pravilima konkurencije EU. Sud pravde se u svom mišljenju pozvao na načelo srazmernosti, u čijem svetlu često promatra usklađenost mera država članica sa obavezama iz UFEU. U skladu sa njim, ograničenje ili, čak, is-

³³ *Höfner und Elser v. Macrotron*, tač. 25.

ključenje konkurencije od strane države mora se posmatrati sa aspekta potrebe nosioca monopolskog prava da pruža uslugu od opšteg interesa pod ekonomski prihvatljivim uslovima. To znači mogućnost pokrivanja troškova ekonomski neisplative usluge prihodima od pružanja profitabilnih usluga, ili, drugim rečima, mogućnost unakrsne supsidizacije. U uslovima slobodne konkurencije, preduzeća koja nemaju obavezu pružanja usluge od opšteg ekonomskog interesa, sledeći svoj interes maksimizacije profita, opredelila bi se da pružaju usluge koje donose najveći profit, što bi preduzeće koje pruža usluge od opšteg ekonomskog interesa moglo dovesti u situaciju da ne ostavruje prihod iz koga bi pokrio troškove pružanja usluge. Opisani pristup Suda pravde u teoriji se naziva pristupom "ograničene konkurencije". Stvaranje zakonskog monopola mora biti: 1) opravdano legitimnim nacionalnim ciljem i 2) zadovoljiti princip proporcionalnosti, t.j. posledično ograničenje konkurencije ne sme prevazilaziti ono što je neophodno za postizanje cilja.³⁴

ZAKLJUČAK

Država i njene teritorijalne jedinice, javnopravni subjekti sa svojstvom pravnog lica, te privatna lica kojima je povereno vršenje javnih ovlašćenja mogu biti subjekti prava konkurencije, što znači da mogu odgovarati za povrede konkurencije pred organima za zaštitu konkurencije. Uslov je da se na tržištu pojavljuju kao učesnici u prometu robe i usluga. Prilikom utvrđivanja da li javna vlast u konkretnom slučaju odgovara za povrede konkurencije, od presudnog značaja je priroda akta koji joj se stavlja na teret – da li je reč o aktu komercijalne ili nekomercijalne prirode. U tom pogledu može se uočiti analogija sa statusom strane države u sporovima koji se vode pred nacionalnim sudovima. U međunarodnom pravu strana država može biti stranka u sporu koji se vodi pred nacionalnim sudovima ukoliko je sporna transakcija komercijalnog karaktera, odnosno ukoliko se država pojavljivala kao strana u privrednom pravnom poslu. Međunarodno pravo nema jedinstven stav u pogledu toga na osnovu kog kriterijuma se procenjuje da li država može biti subjekt građanske odgovornosti. Nesporo je da se u tom pogledu polazi od prirode pravnog posla, ali se izvestan značaj daje i svrsi zbog koje država učestvuje u spornoj transakciji. Ukoliko je svrha zadovoljenje njenih potreba koje nastaju u vršenju akata javne vlasti, država može izbeći građanskopravnu odgovornost, odnosno podvrgavanje nadležnosti redovnih sudova.

U pravu Evropske unije karakter aktivnosti koju vrši javna vlast u konkretnom slučaju takođe ima ključnu ulogu prilikom davanja odgovora na pitanje da li javna vlast može odgovarati za povrede konkurencije utvrđene čl. 101 i 102 UFEU? Javna vlast odgovara za povrede konkurencije koje učini baveći se pri-

³⁴ D. Edward, M. Hoskins, *Art. 90: Deregulation and EC Law: Reflections Arising from the XVI FIDE Conference*, Common Market Law Review, 1995. s. 164.

vrednim aktivnostima. Privredna aktivnost je u praksi Suda pravde određena kao prodaja robe i usluga na tržištu. Strana koja daje robu ili uslugu dobija ugovorenu protivnaku u novcu, čiji iznos mora pokrivati troškove i, redovno, omogućavati ostvarivanje profita. Profitni karakter je imanentan pojmu privredne aktivnosti. Ako javna vlast ili lica koja kontroliše ili im poverava vršenje javnih ovlašćenja obavljaju aktivnost koja im je imperativnim propisima stavljena u nadležnost ili im je dat ekskluzivitet u njenom obavljanju, akti koji su poslužili kao pravni osnov za obavljanje predmetne aktivnosti biće izuzeti od primene pravila konkurencije, iako mogu biti predmet sudskog preispitivanja po drugom osnovu – u pravu EU po osnovu odgovornosti države-članice za kršenja obaveza preuzetih članom 106 stav 1 UFEU, a u nacionalnom pravu pred ustavnim ili upravnim sudom, zbog povrede ustava ili zakona. Isto tako, neće postojati odgovornost javne vlasti i lica koja kontroliše ukoliko su uslovi obavljanja privredne aktivnosti propisani od strane javne vlasti – ako lice koje je obavlja nema slobodu donošenja poslovnih odluka u pogledu cene i drugih uslova prodaje robe ili usluge. Ukoliko javna vlast pruža usluge kod kojih su, pored privrednih, prisutni i elementi socijalnog ili nekog drugog karaktera, moraju se uzeti u obzir okolnosti konkretnog slučaja. Činjenica da javna vlast prodaje robu ili nudi usluge u konkurenciji sa privatnim licima na tržištu ukazuje na komercijalni karakter aktivnosti, dok prisustvo elemenata solidarnosti redovno vodi zaključku da je reč o aktivnostima izuzetim od primene pravila konkurencije. Čak i kada transakcija nesporno ima komercijalan karakter, javna vlast neće biti podvrgnuta pravilima konkurencije ukoliko je cilj posla ispunjenje neke javnopravne funkcije. Takođe, ukoliko javna vlast pruža usluge na ekonomskim principima radi zadovoljenja opštih interesa, ona može biti izuzeta od primene pravila konkurencije ukoliko pokaže da je u konkretnom slučaju ograničenje konkurencije neophodno radi ispunjenja cilja opšteg interesa u skladu sa članom 106 stav 2 UFEU. Teret dokaza je u tom slučaju na strani koja ističe prigovor izuzeća od primene pravila konkurencije.

DIJANA MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty EDUCONS, Novi Sad

APPLICATION OF COMPETITION RULES TO PUBLIC AUTHORITIES

Summary

In the EU competition law the issue of applicability of competition rules to public authorities is often discussed. The term public authorities is understood in its widest possible sense – to comprise state and its territorial entities, as well as their organs, bodies and companies which they estab-

lish, control or entrust them with public powers. Generally speaking, the answer is relatively simple. A public authority will be responsible for infringements of competition rules set down in Art. 101 and 102 TFEU, if it acts as a market participant, i.e. if it performs economic activities. It will be protected from sanctioning if it performs state powers. The difference between acts *iure imperii* and acts *iure gestionis* came from international law, where it was introduced by the theory on restricted state immunity. The nature of the act is of a key significance to distinguish situations when a state can be called to account before civil courts from those where it is protected by its jurisdictional immunity. Besides the nature of the act, the aim of the transaction is also taken into account by courts of some states.

The notion of economic activities in the EU law comprehend all activities of offering goods and services on market for price covering costs and deriving some profit. Regular economic activities will be exempted from competition rules if non-commercial elements, such as solidarity, pursuing social goals, state security, etc. overweight commercial elements in a specific case. The same situation will exist if a commercial activity is regulated by state in respect of price and other conditions. Economic activities which serve to satisfy general interest can also be exempted from competition rules in a specific case if it is proved that the restriction of competition is necessary to achieve a goal of satisfying general interest. Finally, activities which are entrusted to state or bodies which it forms and controls by an international agreement or national legislation represent manifestation of state imperium and they can not be sanctioned as competition infringements. They can be disputed in proceedings for sanctioning violations of international agreements and for assessing constitutionality and legality of general or individual legal acts.