

Pravo, gospodarstvo in politika v konkurenčnem pravu

I. Samostojnost prava pri urejanju konkurence?

1. Vse smeri (»šole«) ekonomske znanosti se ukvarjajo s trgov. Ne le da proučujejo njegovo sestavljenost in delovanje, ampak oblikujejo tudi svoj odnos do njega, posebej do konkurence.¹

Po drugi strani pa oblikujejo svoj odnos do trga tudi družbena gibanja; pospeševanje prostega delovanja trga, ukrepi za odklanjanje družbeno nezaželenih učinkov trga ali celo ukrepi za omejevanje trga so zelo pogoste sestavine v programih strank in političnih združenj.

Končno se vsi moderni pravni sistemi ukvarjajo s tržnim pravom in v tem okviru tudi s pravom konkurence. Navsezadnje se tudi ekonomski in politični pogledi izražajo v pravni ureditvi. Pravna ureditev trga je torej v veliki meri tudi področje pravne stroke, ki je oblikovala določena pravnotehnična vodila in prijeme: generalna ali kazuistična prepoved določenih dejanj v konkurenci, sistem varstva tržnih udeležencev, nadzor sodnih ali upravnih organov, sankcije za kršitve prepovedi itd.

Navedena tri dejstva, kot so najsplošneje izražena, so nesporna. Dokazujejo pa, da nobeno od treh področij, ne ekonomsko, ne politično in ne pravno, ne more zgolj samo vplivati na pravno ureditev trga.

2. Pravkar povedana ugotovitev nam pomaga razumeti pomen in možnosti za pravno urejanje trga in v njegovem okviru urejanja konkurence. Že takoj na začetku lahko rečemo: pravo ne more norm, ki naj urejajo trg in konkurenco, oblikovati poljubno, če upošteva le načela pravne stroke. Zasnova tržnega in konkurenčnega prava, njun sistem in posamezne rešitve so odvisni od značilnosti ekonomskega sistema in od razmerja med močjo interesov na političnem področju. Z drugimi besedami: če naj tržno in konkurenčno pravo učinkuje kot skladen sistem in če naj bo zagotovljeno uresničevanje pravnih norm tega sistema, mora bolj ali manj upoštevati dejstva ekonomske in politične narave.

3. Zahteve po večjem upoštevanju teženj gospodarstva in njegove znanosti v tržnem in konkurenčnem pravu se danes sprejemajo brez večjih pridržkov, vsaj če gre za načelna stališča. Kar pa se tiče političnih interesov, se depolitizacija in dezideologizacija prava včasih pojmujeta poenostavljeno. Niti ekonomski niti

* Redni prof. Pravne fakultete v Ljubljani

¹ O stališčih teh šol gl. podrobneje npr. Schumpeter, Joseph, A.: *Povijest ekonomske analize*, I in II, Informator, Zagreb, 1975; Stavenhagen, Gerhard: *Geschichte der Wirtschaftstheorie*, 3. Aufl., Venderhoek & Ruprecht, Göttingen, 1964.

pravni sistem nista zaprta sistema; na enega in na drugega deluje družbeno vrednotenje, ki se v veliki meri oblikuje in izraža v politiki. Zato je razumljivo, da izkušnje v vseh zasebnolastninskih sistemih kažejo, da se tudi tržno in konkurenčno pravo vedno oblikuje kot izraz določenih političnih interesov, najpogosteje kot izraz kompromisa med različnimi političnimi interesi: konkurenčno pravo, kakor se je npr. oblikovalo v Veliki Britaniji med laburistično vlado, se po svoji usmeritvi precej razlikuje od tistega, ki velja med konservativno vlado.² Zato ne gre za vprašanje, dopustiti ali onemogočiti vpliv političnih interesov. Mnogo bolj gre za splošno družbeno in ustavno vprašanje, kako zagotoviti oblikovanje teh interesov, reševanje konfliktov med njimi in kako zagotoviti avtentični vpliv (večinskih) interesov v pravu.

4. Jugoslovansko tržno in konkurenčno pravo, kakršno je danes, je v mnogih delih (pravno omejevanje konkurence, varstvo potrošnikov, pogoji in način opravljanja blagovnega prometa itd.) pravnostrokovno slabo, neizdelano in nepopolno, na vsak način pa neprilagojeno modernemu tržnemu gospodarstvu.

Če gre za pripravo nove pravne ureditve – in zdi se, da se bo jugoslovanska zakonodaja morala lotiti tega področja – potem je nujno ugotoviti, kako močan naj bo vpliv ekonomije in politike na pravno ureditev in kako je ta vpliv usmerjen. To pa v demokratični družbi terja sodelovanje vseh treh področij: prava, ekonomije in politike. Soodvisnost vseh treh področij pomeni, da mora pravo poleg načel pravne stroke upoštevati tudi »smotrnost« pravnih norm tržnega in konkurenčnega prava s stališča gospodarske ureditve in političnih interesov.

5. Namen tega prispevka ni odkrivati ekonomske in politične silnice; pisec za kaj takega tudi ni usposobljen. Pač pa je že danes mogoče opozoriti na nekatera pravna vprašanja, katerih rešitev je – po izkušnjah pri nas in zlasti v tujini – odvisna od predhodnih stališč v ekonomiji in politiki. To pa pomeni, da ostaja prispevek vendarle na pravnem področju, skuša pa spodbuditi ljudi na ekonomskem in političnem področju, da bi razmišljali o vprašanjih, ki se pojavljajo pri pravnem urejanju trga in konkurence.

II. Tržno in konkurenčno pravo

1. Niti v zakonodaji niti v pravni teoriji ne moremo govoriti o »tržnem pravu« kot o oblikovani in zaokroženi pravni panogi. Oblikovanje te panoge ovira več dejstev. Predvsem je težko določiti meje tržnega prava. Tudi finančno in monetarno pravo, bančno, carinsko in celo ustavno pravo bistveno vplivajo na trg. Razen tega oblikovanje tržnega prava zadeva v temeljno razvrstitev pravnih norm na javno in zasebno pravo. To pa ima za posledico notranjo neenotnost tržnega prava. V njem se prepletajo različni pravni prijemi, različne metode pravnega urejanja, norme različne kakovosti: dispozitivne in kogentne, prepovedne in stimulative, avtonomne in heteronomne, kazenske, civilne, upravne, finančne itd.

Kljub tem skoraj nerešljivim nasprotjem pa se izplača razmišljati o celovitem tržnem pravu. Čeprav tudi s tem ni dovolj povedano, bi tržno pravo obsegalo vse tiste pravne norme, ki so neposredno usmerjene k trgu, njegovi sestavljenosti in delovanju. To, kar tržno pravo povezuje v celoto, je predmet urejanja, namreč trg. Smisel tržnega prava pa je v tem, da se zagotovi celovita in enotna zasnova pravne-

² Prim. Competition Act 1980, ki je odpravil komisijo za cene (Price Commission) in sploh zmanjšal pristojnost državnih organov.

ga urejanja, kar bi se pokazalo tudi na pravnotehnični strani kot racionalnost pravne ureditve, medsebojna usklajenost posameznih delov, oblikovanje skupnih pravnih pojmov, poenostavitev postopkovnega prava, diferenciacija pravnih sankcij glede na težo kršitev tržne discipline itd. Obstoj enovitega tržnega prava bi bila seveda v največji meri zagotovljena z enim samim zakonom. Seveda pa to ne pomeni, da bi se to področje še naprej ne urejalo – tudi v okviru enega samega zakona – z raznorodnimi pravnimi normami (civilnimi, finančnimi, upravnimi, kazenskimi itd.).

2. Kot konkurenčno pravo bomo v tem prispevku označili tisto pravo, ki neposredno ureja konkurenco gospodarskih osebkov na trgu. Tudi to ožje področje tržnega prava se izmika natančni pravni opredelitvi. Predvsem v pravu ne najdemo splošno sprejete pravne opredelitve konkurence same. Razen tega pa je negotov tudi obseg konkurenčnega prava. Delovno pravo npr. lahko pomembno vpliva na konkurenco s tem, da zagotavlja večjo ali manjšo gibljivost delavcev, pa ga vendar ne štejemo kot del konkurenčnega prava. Res pa je, da so nekatere norme delovnega prava zelo tesno povezane s konkurenčnim pravom (npr. konkurenčna prepoved med trajanjem in po prenehanju delovnega razmerja, kršitev poslovne tajnosti).

Danes je v mnogih pravnih sistemih sprejeta delitev konkurenčnega prava na dva velika dela: na pravo zatiranja nelojalne konkurence in na pravo, ki prepoveduje omejevanje konkurence; zadnje se pogosto označuje tudi kot protimonopolno, protikartelno ali protitrustovsko pravo. Nekateri pravni sistemi, zlasti anglo-ameriški, tega razlikovanja ne čutijo tako močno. Zanje je »unfair competition« lahko tako nelojalno ravnanje kot tudi oblika omejevanja konkurence.

Jugoslovanska pravna teorija je povzela dovolj zanesljiv kriterij za ločitev obeh delov konkurenčnega prava; pri nelojalni konkurenci še vedno obstaja, deluje konkurenca, vendar je ta nepoštena, nelojalna; protikartelno, protimonopolno pravo pa prepoveduje omejevanje ali izključitev konkurence. Vendar tudi ta meja ni povsem zanesljiva. Nekatera dejanja so npr. hkrati dejanja nelojalne konkurence in dejanja omejevanja konkurence.

Kot je znano, ureja sedanje jugoslovansko pravo oba dela konkurenčnega prava v zakonu o zatiranju nelojalne konkurence in monopolnih sporazumov, torej v skupnem predpisu.

3. Področje nelojalne konkurence je v omenjenem zakonu urejeno sorazmerno strokovno dobro. Zakon se je naslonil na sistem splošne prepovedi, ki ima primarni pomen (t. i. generalna klavzula v 2. členu) z dodanimi tipičnimi primeri (t. i. eksemplifikativne navedbe v 8. členu). Nasprotno pa je isti zakon glede omejevanja konkurence izdelan precej nejasno in nepopolno. Tudi kasnejše spremembe in dopolnitve so pravzaprav zgrešile svoj cilj. Eden glavnih razlogov za tako naravo zakona je njegovo vztrajanje pri »monopolu«. Monopolni sporazumi so res najtežja, vendar pa ne edina in morda niti ne prevladujoča oblika omejevanja konkurence. Vendar zakon vse oblike omejevanja podreja monopolu, monopolnemu položaju. Zato bi bilo nujno, da bi bodoči zakon sprejel širšo kategorijo »omejevanja konkurence« in obdelal njene najpogostejše oblike.

4. Ena od zahtev gospodarstva pri preoblikovanju gospodarske ureditve v zadnjem letu in tudi ena od očitnih teženj zakonodajne politike na tem področju je t. i. »deregulacija« gospodarstva, s čimer se razume umikanje državnega predpisovanja, kako naj ravnajo gospodarski subjekti. To naj ima za posledico vse večjo svobodo, da ti subjekti odločajo v skladu s tržnimi razmerami.

Vendar pa je mogoče ugotoviti, da se deregulacija marsikdaj pojmuje mehanič-

no in da se uveljavlja brez potrebnega premisleka.³ Kar se tiče konkurenčnega prava, torej prava, ki zagotavlja disciplino v konkurenci na trgu, je deregulacija, umikanje prava s tega področja precejšnje slepilo. Država mora s pravnimi normami zagotavljati disciplino v konkurenci in to dovolj učinkovito, kar pomeni – recimo kar naravnost – z represivnimi normami, ki morajo biti dovolj izdelane, da se lahko brez težav uporabljajo v gospodarski in pravni praksi.

III. Pravo zatiranja nelojalne konkurence

1. Videti je, da je ekonomska ocena nelojalne konkurence sorazmerno enotna. Ekonomska stroka šteje kot poglavitni dejavnik za uveljavljanje na trgu ceno, kakovost, uporabnost izdelka, njegov videz, modnost itd. Ne zanika tudi možnost, da se povpraševanje po proizvodu poveča zaradi močnejšega psihološkega vpliva na (potencialne) kupce, ki jih priteguje učinkovita reklama.

Prav zato ekonomska stroka in praksa nasprotujeta nelojalni konkurenci. Temeljni razlog za to je, da je nelojalna konkurenca sposobna popačiti, deformirati ekonomske silnice, ki oblikujejo tržni položaj. Primarni dejavniki konkurence (cena itd.) se morajo umakniti popraševanju, ki je spodbujeno z neekonomskim, v tem primeru nelojalnim, nepoštenim ravnanjem konkurenta. Nelojalna konkurenca prizadeva torej konkurenco kot tako, kot značilnost tržnega gospodarstva, prek nje pa tudi enega ali več konkurentov in/ali potrošnikov.

2. Tudi v politiki velja zelo enotna negativna ocena nelojalne konkurence. To je razumljivo, saj je bistvo te konkurence prav v tem, da gre za ravnanje v nasprotju s široko sprejetim družbenim pojmovanjem poslovne morale. Zato iz politike nikoli ni bilo slišati pomislov zoper prepoved nelojalne konkurence. Prav nasprotno: če se politika zavzema za uveljavljanje trga, se ob tem pogosto poudarja nujnost lojalne, poštene konkurence. Vendar pa ob konkretnih primerih stališča niso vedno enotna. Vsaj v lokalnih in regionalnih okvirih je dnevna politika včasih pripravljena zatisniti oči pred dejanji nelojalne konkurence, če so storilci podjetja na »njihovem« območju, prizadeti pa le osebkii z drugih območij.

3. Odgovor na vprašanje, kakšne so možnosti prav za zatiranje nelojalne konkurence, ne more biti enostaven. Po eni strani je ravno zaradi soglasja ekonomije in politike vloga prava lahko sorazmerno močna in samostojna. Naloga zakonodaje je, da v skladu s pravili pravne stroke oblikuje pravne norme, ki so sposobne v kar največji meri preprečevati nelojalno konkurenco in zagotoviti varstvo prizadetim osebkom. S tega stališča je jugoslovanska zakonodaja v velikem delu ustrežna. Treba pa je opozoriti na nekatera posamezna vprašanja, ki niso zgolj pravna. Dopolnitve zakona o kršitvah samoupravnih sporazumov kot dejanjih nelojalne konkurence so bile že od vsega začetka vprašljive, prav tako tudi posebne določbe o nelojalni konkurenci v zunanjetrgovinskem poslovanju. Razmisliti bi bilo treba o obsegu varstva pred nelojalno konkurenco, zlasti v koliki meri bi bilo mogoče zagotoviti možnost tožbe tudi posameznim potrošnikom, ki niso neposredno oškodovani.

Ostaja pa še druga stran vprašanja: koliko je pravo o zatiranju nelojalne konkurence sploh lahko učinkovito. Tu kaže opozoriti na temeljno spoznanje; pravo je sicer sposobno pospešiti uveljavljanje nekih družbenih vrednot, vendar le v določeni meri. Represivne norme, kakršne so tudi te o prepovedi nelojalne

³ Bajt, Aleksander: Samoupravna oblika družbene lastnine. Globus Zagreb, 1989, zlasti str. 38 in 39.

konkurence, so lahko učinkovite le, če se naslanjajo na neko povprečno že uveljavljeno ravnanje. Po drugi strani predpostavlja pravo o zatiranju nelojalne konkurence neke »normalne« tržne razmere in je lahko učinkovito le v takih razmerah. Dosedanji razvoj v Jugoslaviji v zadnjih desetih do petnajstih letih je dokaz za to trditev. V času pomanjkanja blaga, nelikvidnosti podjetij, medsebojnih neizpolnjenih obveznosti, državne intervencije, omejevanja uvoza itd. so podjetja v veliki meri otopela za kriterij lojalnosti, čeprav smo imeli zakonodajo, ki je bila ravno na tem področju sorazmerno dobra. Niti prizadeta podjetja niti potrošniki v večini primerov niso uveljavljali varstva, ki ga zakon zagotavlja. Zato izboljšanje prakse glede nelojalne konkurence ne moremo pričakovati od kakšnih novih ali drugačnih pravnih norm, ampak od uveljavitve urejenega, »normalnega« tržnega gospodarstva. V takem položaju se bo v veliki meri sama po sebi okrepila tudi poslovna morala.

4. Kot je bilo že rečeno, je pravo zatiranja nelojalne konkurence izrazilo represivno pravo. Kot tako dopušča zelo malo možnosti za avtonomno urejanje samih gospodarskih osebkov. Vendar pa to ne izključuje možnosti, da bi v okviru zakona tudi podjetja sama posredno ali neposredno pripomogla k uveljavljanju lojalnosti v konkurenci. Naj navedemo le dva primera. Gospodarske zbornice so že doslej izdale nekaj aktov, s katerimi so pospešile upoštevanje dobrih poslovnih običajev (npr. dobri poslovni običaji pri razprodajah in občasnih prodajah). Taka dejavnost zbornice bi se lahko nadaljevala tudi v bodoče. Enako obetavne so možnosti, da se oblikujejo kodeksi etike za posamezne gospodarske panoge ali za posamezne funkcije podjetij (npr. kodeks etike podjetij za javno obveščanje, kodeks etike ekonomske publicitete).

Dejavnost podjetij v tej smeri seveda ne more spremeniti ali dopolniti zakona, lahko pa precej prispeva k njegovi uporabi, saj bi pojasnila, kaj je treba šteti kot lojalno in kaj ne. Razen tega bi taka dejavnost podjetij omilila očitek, ki je naperjen proti generalni klavzuli, češ da je njena uporaba v konkretnem primeru odvisna od tega, kako sodišče razume dobre poslovne običaje, ki niso sicer nikjer kodificirani.

IV. Pravo proti omejevanju konkurence

1. Mnogo manj soglasja kot glede nelojalne konkurence je na gospodarskem področju – tako v gospodarski politiki, praksi in znanosti – pri omejevanju konkurence s strani samih udeležencev. Enaka ugotovitev velja tudi v politiki, pa naj gre za stranke, vlade ali politološko znanost. Za obe področji lahko rečemo, da se z omejevanjem konkurence ukvarjata mnogo podrobneje in mnogo bolj zavzeto kot z nelojalno konkurenco. To je razumljivo, saj omejevanje konkurence večinoma mnogo močneje vpliva na tržne razmere, nacionalno gospodarstvo in gospodarsko politiko, pa tudi na politična razmerja. Naj omenimo le dogovore o cenah tekočih goriv ali kave, na združevanje in prevzemanje velikih časopisnih podjetij, na omejevanje izvoza proizvodov s tujo blagovno znamko, na omejevanje nastopanja na trgu prejemnikov licenc itd. Vsako od teh področij – gospodarstvo in politika – se loteva omejevanja konkurence s posebnimi metodami in prijemi in s cilji, ki temu področju ustrezajo.

2. Cilj tega prispevka ni, da bi posegal v obravnavo gospodarskih in političnih vprašanj. Pač pa želi v nadaljnjih točkah opozoriti na tista vprašanja, povezana z omejevanjem konkurence, pri katerih se pravo mora nasloniti na predhodno oblikovane odločitve v gospodarstvu in politiki.

a) Zakonodaja mora najprej ob upoštevanju gospodarskih in političnih smer-

nic in odločitev določiti svoj načelni odnos do omejevanja konkurence. To tudi v Jugoslaviji ne more pomeniti splošne dopustnosti omejitev, ampak le izbiro med bolj ali manj intenzivno prepovedjo omejevanja. Čeprav je intenzivnost prepovedi težko pravno natančno izraziti, se vendar kaže v pravu v več vidikih.

Po eni strani se mora zakonodaja odločiti – kot kaže razvoj v Nemčiji – med načelom prepovedi in načelom zlorabe.⁴ Prvo med njima prepoveduje vsakršno omejevanje konkurence. Drugo načelo omejitvam konkurence a priori ne nasprotuje; prepoveduje jih le, kadar gre za njihovo zlorabo. V takem primeru zakon vsaj okvirno določa, kdaj gre za zlorabo. Vendar v nobeni zakonodaji ti načeli nista izpeljani dosledno. Tudi za zakon v ZRN je značilno omiljeno načelo prepovedi.⁵

Temu, v nemškemu pravu izraženem razlikovanju je vsaj deloma blizu absolutna prepoved nekaterih omejitev (per se restraints) oziroma možnost presoje, ali je omejitev utemeljena (rule of reason) v anglo-ameriškem pravu.⁶

Ob intenzivnosti prepovedi so v veliki meri odvisni tudi pristojnost državnih organov in postopek pred njimi ter narava sankcij (glej podrobneje v nadaljevanju).

Vse omejitve konkurence niso enako nevarne, nekatere bi mogle imeti tudi pozitivni učinek. Tu ne mislimo le na omejitve, ki po svojem učinku na trgu pomenijo – govoreč z našo terminologijo – le neznatno družbeno nevarnost (»bagatelni karteli«). Nemški GWB je prav s tega stališča oblikoval več skupin dovoljenih kartelov (karteli, ki jih državni organ lahko dovoli, karteli, ki jih je treba prijaviti, karteli, katerim lahko državni organ ugovarja). Navsezadnje gredo v to smer tudi uredbe EGS na temelju tretjega odstavka 85. člena pogodbe o EGS in na temelju sprejete skupinske oprostitve.

b) Vsi udeleženci na trgu nimajo enakega gospodarskega položaja. Ta je odvisen od vrste gospodarskih okoliščin: velikosti podjetja, možnosti financiranja, dostopa do surovin in potrošnikov itd. V tem okviru je položaj velikih in gigantskih podjetij pogosto ugodnejši kot položaj majhnih in srednjih podjetij. Razvoj je pogosto pokazal, da se majhna in srednja podjetja težko upirajo premoči velikih podjetij. To pa seveda zmanjšuje konkurenco sploh. Z drugimi besedami: svobodna konkurenca lahko pripelje do izločitve šibkejših manjših in srednjih podjetij in s tem do manjše konkurence.

Če se zavedamo tega dejstva, so se nekatere zakonodaje, med njimi nemški zakon o omejevanju konkurence, odločile, da kljub načelu svobodne konkurence podprejo položaj majhnih in srednjih podjetij, s tem da jim zagotovijo možnosti, ki jih velika podjetja nimajo. V nemški zakonodaji je to širša težnja, ki se kaže na različnih pravnih področjih, tudi pri obdavčenju. V kartelnem pravu je v nemškem zakonu taka določba par. 5b GWB (novela iz leta 1973), ki je tudi dovolj poučna.⁷ Kaže namreč, da podpora majhnim in srednjim podjetjem ni absolutna in neomejena. Tudi ta podjetja morajo biti izpostavljeni konkurenčnemu boju, ne pa privilegirana. Zato omenjena določba omejuje svoj učinek, t. j. dopustnost nekaterih kartelnih sporazumov, z določenimi predpostavkami: prvič, pri sporazumih gre za

⁴ Rosina, Aleš: Pravni režim omejitev konkurence, Ljubljana, 1973, doktorska disertacija, str. 129; Rittner, Fritz: Einführung in das Wettbewerbs und Kartellrecht, UTB – C. F. Müller, Heidelberg – Karlsruhe, 1981, zlasti str. 134, 207, 263; Baur, Jürgen, F.: Der Missbrauch im deutschen Kartellrecht, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1972.

⁵ Rosina, Aleš, op. cit. str. 129: »... sistem prepovedi s pridržkom veljavnosti«: gl. tudi nemški zakon o omejevanju konkurence, v nadaljevanju citiran kot GWB.

⁶ Oppenheim, Chesterfield, S. – Weston, Glen, E.: Federal Antitrust Laws, West Publishing Co., 3rd Ed, 1968, zlasti str. 100.

⁷ Gl. podrobneje npr. Bechtold, Rainer: Das neue Kartellrecht, C. H. Beck, München 1981, str. 48 in nasl.

racionalizacijo gospodarskih postopkov, ki niso zajeti v par. 5; drugič, kartel med majhnimi in srednjimi podjetji bistveno ne omejuje konkurence; in tretjič, da kartelni sporazum služi krejitvi sposobnosti (*Leistungsfähigkeit*) majhnih in srednjih podjetij. Tovrstni kartelni dogovori torej niso identični z že omenjenimi bagatelnimi karteli.

Očitno je, da gre za dokaj pomembno odstopanje od splošne prepovedi kartelne sporazumevanja. Odločitev o tem, ali naj zakonodaja tudi na ta način podpre majhna in srednja podjetja, je gospodarske in politične ali gospodarskopolične narave. S pravne stališča je potrebna predvsem odločitev, na kakšne kartelne dogovore se oprostitev nanaša: ali je vsak kartelni dogovor dopusten, če ga sklenejo majhna in srednja podjetja, ali je kartelni dogovor dopusten tudi, če se nanaša na oblikovanje cen itd.? Drugo, ne samo pravno vprašanje, je določitev pojma majhnih in srednjih podjetij: ali v tem pogledu zadoščajo zgolj kriteriji velikosti (npr. število delavcev, obseg prometa, višina dobička itd.), ali pa je treba upoštevati tudi strukturo trga. To vprašanje je vsaj v določeni meri povezano z naslednjim, namreč, kdaj se šteje, da kartelni dogovor (ne) omejuje konkurenco. Dosedanji poskusi, določiti mejo z 10- do 15-odstotno udeležbo kartelno povezanih podjetij na trgu določenega proizvoda, se niso izkazali vedno kot zanesljivi, še posebej če predmet sporazuma ni bilo določanje cen.

c) Vprašanje, ki terjaja predhodno ekonomsko in politično odločitev, je tudi odnos do že obstoječih podjetij, ki imajo na trgu monopolni ali prevladujoči položaj.⁸ Tu stoji zakonodaja pred težjo nalogo kot pri monopolnih sporazumih. Monopoli ali podjetja s prevladujočim položajem lahko nastajajo po »naravni poti« brez dogovorov podjetij, na način, ki ga pravo dopušča. V nekaterih primerih ne bi bilo niti smotno preprečevati obstoja takega podjetja s tem, da bi zahtevali njegovo razdelitev. Zakonodaje zato računajo z obstojem podjetij, ki imajo na trgu monopolen ali prevladujoč položaj. Sedanji jugoslovanski zakon dopušča sam obstoj takih podjetij. Pri tem pa se ponavlja že omenjena slabost. Zakon izhaja iz pravne ali dejanskega monopola in ureja zato le tak položaj.

Pravo se zaveda dveh dejstev: prvič, da monopolnega ali prevladujočega položaja ni mogoče preprečiti in včasih to ne bi bilo niti smotno, in drugič, da pomeni tak položaj stalno nevarnost za zlorabo. Deloma so zakonodaje urejale ta položaj že ob združevanju doslej samostojnih podjetij, če bi tako združevanje pripeljalo k monopolnemu ali prevladujočemu položaju in bi obstajala možnost zlorabe.⁹

Vendar združevanje zajema le del problematike monopolnega in prevladujočega položaja. Tu gre za možnost, da se tak položaj ob predpostavkah zakona prepreči. Ostaja pa odprto vprašanje o podjetjih, ki že imajo tak položaj, do katerega ni prišlo z združevanjem. Tu se pravo večinoma odloča za načelo zlorabe. To pomeni: monopolni ali prevladujoči položaj sam po sebi ni prepovedan, prepovedana pa je zloraba takega položaja. S tem namenom se vzpostavlja nadzor kartelnih ali tržnonadzornih organov.

Očitno je, da lahko pravo samostojno oblikuje le določena vprašanja pravne ureditve. Sem sodi zlasti nadzor nad tovrstnimi podjetji, pravne sankcije in postopkovno pravo. Vendar pričakuje pravo od ekonomske stroke in politike predhodne odločitve zlasti o dveh vprašanjih. Prvo je, ali naj pravo sploh posega na to področje, drugo vprašanje pa se nanaša na določitev podjetij, ki sodijo v to kategorijo.

⁸ GWB, par. 22 in nasl.

⁹ Prim. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 1911 v *Oppenheim – Weston*, op. cit. 10; Clayton Act, Sec. 7; *Zusammenschlüsse von Unternehmen* v GWB par. 23 in nasl.

Glede prvega vprašanja bo verjetno tudi na ekonomskem in političnem področju prevladal pozitiven odgovor; pravo mora prepovedati zlorabo monopolnega ali prevladujočega položaja. Na to smemo tudi pri nas sklepati že iz dosedanje zakonodaje, zoper katero glede tega vprašanja ni bilo ugovorov. Razen tega pa je bilo na obeh področjih slišati zahteve, da je treba ostreje ukrepati proti zlorabam tovrstnih podjetij.

Zdi pa se, da je drugo vprašanje bolj zapleteno. Monopolni položaj bo sicer nekoliko lažje opisati, težje pa bo z določitvijo prevladujočega položaja: ta v strogem pomenu besede ni nujno monopolen. Ekonomska stroka bo morala določiti znake, ki bodo vsaj okvirno uporabljivi tudi kot pravni. Tu ne mislimo na dokončen in izključujoč opis, temveč tak, ki bi določil glavne znake, hkrati pa bi pravni praksi ob sodelovanju gospodarskih izvedencev dopustil potrebno gibčnost.

Velikost podjetja, t. j. število zaposlenih delavcev, obseg proizvodnje ali storitev, obseg prometa itd. najbrž niso edini ali glavni znaki. Že pojmovno je prevladujoči položaj podjetja povezan s strukturo trga. Zato bo mnogo pomembnejši znak tržni delež. Ta bi bil lahko izražen količinsko (npr. v odstotkih), kar bi bilo s stališča pravne varnosti primerneje, lahko pa bi bil le po primerih opisan. Velikost podjetja bo pri tem upoštevana le podrejeno, zlasti z namenom, da se izloči uporaba zakona v bagatelnih primerih (npr. edina prodajalna živil v manjšem kraju). Praksa v tujini poudarja tudi druge znake, s katerimi je treba podpreti domneve o prevladujočem položaju podjetja: dostop do surovin, dostop do potrošnikov, možnosti za financiranje itd.

Vprašanje o prevladujočem položaju lahko še razširimo. Ali je treba v ta okvir zajeti, kot je to storil nemški zakon, tudi oligopole? Tu gre za to, da imata dve podjetji ali ima več podjetij skupaj prevladujoči položaj. Nemški zakon je odgovoril pritrdilno in oblikoval tudi ustrezne znake (dva ali tri podjetja, katerih tržni delež je 50 odstotkov ali več; pet ali manj podjetij, katerih tržni delež znaša dve tretjini ali več).¹⁰

Končno sodi v okvir teh vprašanj tudi odnos do podjetij, ki jim že zakon sam zagotavlja monopolen položaj. Gre za javna podjetja v smislu jugoslovanskega zakona o podjetjih, zlasti za podjetja, ki opravljajo ptt promet, železniški promet, ki opravljajo komunalne storitve in javni prevoz, dobavljajo električno energijo itd. Vprašanje postaja v svetu vedno bolj aktualno glede na vedno večjo komercializacijo teh področij. Vendar tudi ob pretežno državni naravi takih podjetij ostaja vsaj del dejavnosti, ki je podrejen tržnim zakonitostim in na katerem podjetja samostojno odločajo.

d) Vprašanje, pri katerem pravo računa na stališča ekonomske stroke in politike, se nanaša na že omenjeno združevanje podjetij. Pravnosistemsko gre za dva vidika, ki imata v pravu omejevanja konkurence različno mesto. Po eni strani gre za to, ali se dopuščajo sklepi in dogovori znotraj koncernsko združenih, povezanih podjetij, če taki sklepi in dogovori omejujejo konkurenco nasploh in nastopanje odvisnih (toda navzven samostojnih) podjetij. Drugo vprašanje je, v koliki meri se dovoljuje združevanje doslej samostojnih podjetij, če bi tako združevanje omejilo konkurenco ali celo ustvarilo možnosti, da združena podjetja zlorabijo svoj položaj.

Ob koncernskih podjetjih so se mnoge tuje zakonodaje odrekle sankcioniranju dogovorov in sklepov, ki omejujejo konkurenco. To seveda ne velja za vsakršno obliko povezovanja. Če govorimo o »koncernski« povezanosti, potem mislimo

¹⁰ GWB, par. 22, 3. odst. tč. 2; gl. tudi *Rittner*, op. cit. 258.

predvsem na lastniško in zato tudi upravljalsko povezanost, ne pa na take oblike združevanja, ki ohranjajo lastniško in upravljalsko samostojnost in v njih podjetja usklajujejo le določene funkcije. Ob oblikah združevanja, ki jih dopušča jugoslovanski zakon o podjetjih, bosta morali ekonomska stroka in politika odločiti, katere od teh oblik bodo podrejene prepovedi monopolnih sporazumov.

Drugo vprašanje je mnogo bolj občutljivo. Izkušnje tujih zakonodaj kažejo, da se bo verjetno tudi pri nas treba odločati za eno od možnosti, ki so se uveljavile v tujini:

- prosto združevanje podjetij, vendar se sankcionira zloraba prevladujočega položaja ob predpostavkah, ki veljajo za take primere;

- prepoved združevanja v primeru, če bi le-to bistveno omejilo konkurenco (»the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create monopoly«¹¹); tu se zahteva le omejitev konkurence, ne pa tudi možnost, da pride do zlorabe prevladujočega položaja;

- prepoved združevanja kot ob prejšnji možnosti, vendar z določenimi olajšavami; v nemškem pravu je dopusten dokaz, da bi zaradi združevanja prišlo »do izboljšanja tržnih pogojev in da bi to dejstvo prevladalo nad negativnimi učinki združevanja.«¹²

e) Končno se je v zadnjih letih pri nas razvnela živahna razprava o prednostih monopolnega podjetja in o tem, da bi se predpisala neka oblika odvzemanja dela dobička takega podjetja. Zdi se, da se je to prepričanje uveljavilo tudi v dopolnilnih k ustavi SFRJ iz leta 1988 (amandma X, tč. 8), v katerih se določa uporaba dohodka, ki je rezultat dela v izjemno ugodnih naravnih razmerah ali v izjemno ugodnih razmerah, ustvarjenih s položajem kraja dela in poslovanja.

S pravnega stališča se dejansko stanje omenjenega ustavnega dopolnila ne ujema s položajem monopolnega ali prevladujočega podjetja; ustavno dopolnilo je mnogo širše. Zato je vprašljivo, ali je lahko navedeno dopolnilo temelj za odvzem dobička monopolnega ali prevladujočega podjetja.

Sicer pa so mnenja o položaju monopolnega in prevladujočega stališča različna. Le v nekaterih primerih je tak monopolni ali prevladujoči položaj trajen, npr., če je vezan na naravne možnosti (npr. edini rudnik živega srebra). V drugih primerih pa ob odprtih možnostih vstopa na trg podjetje vedno lahko računa, da se bo pojavila konkurenca in mora zato skrbeti za krepitev tržnega položaja s primarnimi konkurenčnimi dejavniki (cena, kakovost).

Težave, ki bi nastale pri odmeri zneska, ki se odvzame, smo pravzaprav že omenili. Tudi glede tega bi bilo treba upoštevati stanje, t. j. pridobljeni dohodek, kakršno bi bilo, ko bi konkurenca obstajala. To pa bi bilo dokaj težko z gotovostjo določiti, še celo, če naj se izrazi v denarnem znesku.

Ob tem je treba omeniti institut odvzema presežnega odhodka po nemškem pravu (Mehrerlösabschöpfung).¹³ Po svoji naravi je odvzem dohodka po GWB bolj podoben gospodarko-kazenski sankciji odvzema premoženjske koristi, nastale z nedovoljenim dejanjem. Ta odvzem je strogo vezan na zlorabo prevladujočega položaja, ki jo stori podjetje namenoma ali iz malomarnosti in v tem okviru na dejanja, ki jih ni mogoče razglasiti za izpodbojna.

¹¹ Clayton Act, Sec. 7.

¹² GWB, par. 24, 1. odst.

¹³ GWB, par. 37 b.

Kot je bilo povedano v začetku, želi ta prispevek opozoriti na glavna vprašanja konkurenčnega prava, pri katerih je povezanost med ekonomijo, politiko in pravnimi pogledi najmočnejša. To pa pomeni, da prispevka ne gre razumeti kot sistematičen prikaz dejanj proti pravilom konkurenčnega prava niti kot obravnavo strokovnih ekonomskih vprašanj.

Jugoslovanska konkurenčna in sploh tržna zakonodaja je iz navedenih razlogov potrebna temeljite prenove. Pri tem se na dosedanjo gospodarsko in sodno prakso skoraj ne moremo opirati. Vendar to ne dopušča nestrokovnosti v bodoči zakonodaji in čakanja, »kaj bo pokazala praksa«. Primerjalna metoda, ki je v konkurenčnem pravu tudi pri nas dovolj razvita, lahko koristi oblikovanju stališč na pravnem, ekonomskem in političnem področju. To pa je tudi eden od pogojev, da bo bodoča zakonodaja pravno na dovolj visoki strokovni ravni, v dejanskem pogledu pa dovolj učinkovita.