
ПРАВО ПОТРОШАЧА

др Милена ЈОВАНОВИЋ-ЗАГТЦА
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ОГЛАШАВАЊЕ И КОНКУРЕНЦИЈА – ЕФЕКТИ ПРИМЕНЕ*

Резиме

У овом раду најважнија аутора усмерена је на две форме конкурентској олашавања – обмањујуће и компаративно. Њихов заједнички именица садржан је у великом броју различитих активности којима компаније комуницирају са појединцима, групама или јавношћу, у облику личних или безличних порука, ради усклађивања међусобних интереса и потреба. И док је обмањујуће рекламирање забрањени вид који се санкционише, компаративно олашавање начелно је допуштено, мада не увек и морално оправдано. Нова конкуренција не заснива се на оном иста компанија производи, већ на оном иста додаје својим производима у облику амбалаже, олашавања, услуга, саветовања купаца и др. Према је рекламирање важан елемент у успешном презентовању роба и услуга, постоји велики број недопуштених трговинских активности којима се продајци могу служити. Национална правила усвојена да заштити економске интересе потрошача могу ограничити трговину уколико се разликују од државе до државе. Ово може утицати на различите технике националних мера заштити права потрошача, укључујући сузбијање обмањујућих описа производа, укидање нелојалне конкуренције и забрану обмањујуће рекламирања.

* Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу: „Приспуну правосудју – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ (2010).

Поред сумирања резултата обележених Директивом 84/450/ЕС, али и бројних контироверзи које су праћиле њену имплементацију у националну регулативу појединих држава чланица, учињен је покушај да се да одговор на нека спорна питања, међу којима је и стварна надлежност Европске уније и потреба за наднационалном применом права у сфери потрошачких уговора, посебно у домену олашавања.

Кључне речи: *обмањујуће и компаративно олашавање, директива, *acquis communautaire*, конкуренција, потрошачи, етика.*

I Уводне напомене

У модерним условима маркетинга, успешна пословна стратегија укључује много више од нуђења на продају роба или услуга. Уско повезана са производом и услугом је и рекламна кампања која их подржава. Тешко је замислити да би значајан број потрошача био наведен да купи непознати производ или услугу, у одсуству инвестиције у стратегију креирану да привуче пажњу потрошача на квалитете „новајлије“ на тржишту. Традиционални француски производ тешко да би могао да направи пробој на немачком тржишту, где је непознат, уколико није праћен рекламном кампањом и подржан ефикасном мрежом дистрибуције. Маркетинг је главна компонента модерне тржишне економије и незаменљив је у осигурању промена у постојећим тржишним оквирима.

Рекламирање има доста облика, али сви они не заслужују да буду позитивно оцењени. Реклама може бити обмањујућа, може бити увредљива. По некима, рекламирање ремети потрошачево право избора.¹ Национални закони ограничавају рекламирање из много разлога, а технике се разликују од државе до државе. Ово је навело Европски суд на процену допуштености националне контроле рекламирања која представља препреку прекограничној трговини. Радило се о заштити потрошача од техника рекламирања које су биле у складу са стандардима ЕУ, упркос њиховом рестриктивном ефекту на прекограничну трговину.

Ограничена могућност рекламирања утицала је на прекограничног продавца да продре на ново тржиште и на тај начин сузила из-

1 Бројна истраживања на тему односа маркетинга и друштвене одговорности компанија показала су да компаније не желе да клијенти (без обзира да ли је реч о индивидуалним потрошачима или другим компанијама) имају на располагању више могућности приликом одлучивања о куповини. Оглашавање треба да буде тако позиционирано да потенцијалним купцима понуди оно што им треба, где и како им треба, не бирајући средства како би постигло тај свој циљ.

бор потрошача. Случајеви који су се тицали ограничења рекламирања појавили су се као најтежи за решавање, у светлу пресуде Европског суда у случају *Keck und Mithouard*,² која је преокренула раније одлуке и поставила оквире примене члана 28 Уговора о оснивању. Уколико ограничење рекламирања утиче на све продавце подједнако, национална мера неће одговорити на захтеве садржане у члану 28. Али, уколико ове мере спречавају продавца изван државе да креира стратегију која ће омогућити реализацију његових економских планова на заједничком тржишту, оне захтевају оправдање у вези са стандардима признатим комунитарним правом.³ То указује на сиву област између регулисаних аспеката рекламирања и оних који то нису.

Тешко је направити разликовање овог типа у доба модерног маркетинга. Ограничења рекламирања производа могу умањити обим продаје, што може негативно утицати на увозну робу, а држава која усваја прописе биће позвана да их оправда, само уколико се одредбе не примењују једнако према свим продавцима који послују на домаћој територији или не утичу на све производе на исти начин. Ово се може догодити ако се потпуна забрана рекламирања производа примењује једнако на све производе „на папиру“. У пракси се показало да забрана теже погађа увозне производе од домаћих, јер ови последњи већ стичу предност из разлога познатости, коју би само рекламна кампања могла да учини за непознату увозну робу.⁴

У раној фази развоја Европске уније регулатива рекламирања била је усмерена на очување националних ауторитета. Вођено процесом

2 *Keck und Mithouard*, cases C-267 & 268/91 (1993) ECR I-6097. Суд, имајући у виду члан 28 (ex 30) и тумачећи га у циљу елиминације мера које воде подели тржишта, изјаснио се да не постоје стварне или потенцијалне, директне или индиректне баријере прекограничној трговини, уколико национални закони ограничавају или забрањују одређене уговоре о продаји и пружају једнак третман свим продавцима који послују на територији поједине државе, уколико су услови рекламирања подједнаки како за домаће, тако и за произвођаче из других држава чланица. Ово укратко значи, да није довољно позвати се на члан 28 да би се показало да национална правила ограничавају обим продаје. Мора се доказати да она ограничавају увозне производе више него домаће. У складу са овим приступом, забрана или ограничење рекламирања производа у основи може бити обухваћена чланом 28 у случају кад утиче на трговину унутар ЕУ. Још прецизније, правила која регулишу дистрибуцију производа такође могу бити обухваћена поменутиим чланом, у случају када онемогућавају приступ тржишту битно другачијим прописима. Такође је могуће да се трговинска баријера нађе у опсегу члана 28, када држава њоме забрањује рекламирање одређеног производа, чак и када сви остали производи трпе исто ограничење.

3 Н.-W. Micklitz, R. Norbert, P. Rott, *Understanding EU Consumer Law*, 2009, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, стр. 66.

4 Види случај *Konsumentombudsmannen protiv Gourmet International Products*, case C-405/98 (2001) ECR I-1795.

интеграције тржишта, комунитарно право требало је да дефинише свој однос према праву рекламирања.

Паралелно са улогом Европског суда у обликовању „негативног права“⁵ ЕУ је почела да усваја образац „позитивног права“, регулишући рекламирање на нивоу Уније. Оправдање за ове мере Европске уније на пољу рекламирања била је тежња за стварањем заједничког тржишта. Пажња је била усмерена на чланове 100 и 100а, као основа за интеграцију и дерегулацију тржишта у складу са стандардима ЕУ.

II Оглашавање и етика

Оглашавање представља један од најзаступљенијих облика промотивне активности који има за циљ да пренесе информацију, развије склоност и подстакне на акцију у корист производа и услуга компаније.⁶ Погрешно информисање потрошача штети ефикасном пословању у конкурентном тржишном систему и представља позив за интервенцију. Проблем настаје онда када потенцијални купац захтева информације како би одабрао производ, док потенцијални продавац покушава да га наведе на куповину истог.

Бројна морално спорна питања појављују се у готово свим видовима маркетинга, али се највише пажње последњих година усмерава на рекламирање потрошачких добара. Посебна пажња усмерена је на четири аспекта оглашавања и њихово подвргавање етичкој контроли. Први аспект односи се на деловање оглашавања као манипулативног система преко свих средстава јавног комуницирања,⁷ други се тиче истинитости приликом оглашавања, трећи говори о пропагирању и употреби оних производа који су штетни или опасни по здравље, док се последњи приговор тиче моралног деловања економске пропаганде на тржишту, према потрошачима и купцима подстичући њихове скривене мотиве.⁸ Морални конфликти оглашавања готово увек проистичу из двостру-

5 Ради се о приступу који регулише дозвољеност националне контроле рекламирања.

6 J. DesJardins, *An Introduction to Business Ethics*, McGraw-Hill, New York, 2006, стр. 203.

7 Реклама као комерцијална порука обликована је да делује на понашање потрошача. У свом извештају Европски комитет за заштиту околине, јавно здравство и заштиту потрошача дефинисао је рекламу, односно оглашавање као процес наговарања, користећи плаћене медије, у коме су купци роба, идеја и услуга „купљени“. Маркетиншко одређење појма оглашавања говори о науци заробљавања човекове интелигенције на довољно дуго времена да од ње успе да добије новац. Види: V. Isaac, *Brand Protection Matters*, Sweet & Maxwell, London, 2000, стр. 173.

8 Р. Марић, „Етички проблеми оглашавања“, *Acta economica*, бр. 9, Бања Лука, 2008, стр. 37.

ке природе овог процеса: с једне стране оно је неопходна компонента конкурентског тржишног система и пословања, а с друге стране то је комуникација са прикривеним интересом, са коначним исходом продаје производа или услуга.⁹ Ове околности водиле су ка томе да обмањујуће рекламирање буде садржај прве хармонизационе директиве у овој области.

III Обмањујуће рекламирање

Директива 84/450¹⁰ хармонизује националне прописе који регулишу обмањујуће рекламирање. Усвојена је пре ступања на снагу Јединственог европског акта (СЕА), а основ јој је члан 100 Уговора о оснивању. Разлике између националних закона у овој области директно утичу на креирање заједничког тржишта, па је и слободан проток роба и услуга ограничен законодавном дисхармонијом. Познати двоструки циљ мера Европске уније који утиче на заштиту права потрошача предочен је у одредбама Директиве.

Обмањивање зависи од околности случаја,¹¹ те може бити различито интерпретирано од стране Европског суда. Обмањујућом рекламом се сматра било који оглас код кога постоји вероватноћа погрешне интерпретације, код кога су изостављене битне ставке или се примењује нека друга пракса за коју постоји вероватноћа да доводи у заблуду потрошача или може да доведе до последица које не иду у прилог потрошачу.¹² Ово је илустровано пресудом у случају *Procureur de la Republique* против X.¹³ Случај је доспео пред Европски суд, где се решавало о тужби за обмањујуће рекламирање против продавца који је увозио Ниссан возила из Белгије ради препродаје у Француској. Возила су рекламирана као нови аутомобили доступни по нижој цени у односу на *Nissan* возила продавана код ексклузивног француског дистрибуте-

9 J. DesJardins, *нав. дело*, стр. 204.

10 Directive 84/450/EEC of September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of Member States concerning misleading advertising, *OJ 1984 L250/17*.

11 Оглас може бити обмањив на више начина: може садржати лажни исказ или чињеницу, што може да се докаже или побије; могу бити изостављене битне чињенице; може бити укључено или имплицирано обећање да ће нешто да се уради, али да не постоји стварна намера испуњења; може бити створен погрешан утисак, иако све што је наведено може бити тачно, итд. Видети: Office of Fair Trading, *Misleading advertisements*, www.offt.gov.uk.

12 C. Bovee, J. Thill, G. Dovel, W. Burk, *Advertising excellence*, 1995, USA, McGraw-Hill Inc., стр. 70.

13 *Procureur de la Republique v. X*, case C-373/90 (1992) ECR I-131.

ра. У понуди она су била регистрована само за потребе увоза. Никада нису била вожена и била су јефтинија од француских модела, из разлога што су поседовала мање додатне опреме. Да ли је продајна тактика осигурала пожељно проширење избора потрошача или је креирала неприхватљив ризик да потрошач буде наведен да купи модел различит од оног који жели да има? Ексклузивни француски дистрибутер поднео је тужбу француском суду у вези стратегије увозника. Било је неопходно утврдити да ли се ради о случају рекламирања предвиђеним Директивом. Европски суд је изнео став да „аутомобил губи карактер новог у тренутку када је први пут вожен на јавном путу, а не онда када је регистрован“.

На основу оваквог образложења увезене аутомобиле требало би сматрати новим, а национални суд може утврдити да је рекламирање обмањујуће када тежи да сакрије чињеницу да су аутомобили, који су рекламирани као нови, били регистровани пре увоза и када би сазнање о тој чињеници одвратило од куповине значајан број потрошача. У закључку се наводи да рекламирање аутомобила као јефтинијих, такође, може бити обмањујуће, уколико значајан број потрошача није упознат са чињеницом да је нижа цена постигнута умањеном додатном опремом. Суштина пресуде је да маркетинг аутомобила не може бити ограничен од стране француских власти, на основу тога што је у супротности са контролом која је Директивом препоручена државама чланицама, као и да се овде не ради о обмањујућем рекламирању.

Заблуда појединог потрошача, у смислу одредаба Директиве, није довољна да би се рекламна пракса третираола као обмањујућа. Претпоставка је да постоји значајан број довољно информисаних купаца који могу да направе избор између различитих типова аутомобила. Ово може бити узето као даља илустрација информисаног купца. Потрошач коме је пружена обећана информација не може се сматрати обманутим.

IV Компаративно рекламирање

Оглас се сматра компаративним уколико експлицитно или имплицитно идентификује конкурента или производ, односно услугу коју нуди конкурент.¹⁴ Поменута Директива 84/450 о обмањујућем рекламирању, нешто касније измењена је Директивом 97/55 којом се регулише компаративно рекламирање. У својој преамбули она подржава компаративно рекламирање, што треба да стимулише конкуренцију између добављача роба и услуга у корист потрошача, стварајући објективну

14 Види: Office of Fair Trading, *op. cit.*, www.offt.gov.uk; С. Старчевић, *Мојћносћ и ефекти примене компаративної оілашавања*, DOI:10.2298/EKA0710905, стр. 91.

основу за одабир доступних производа.¹⁵ Либерализација компаративног рекламирања везује се искључиво за важност пружања квалитетне информације потрошачу. То је најпре препознато у Резолуцији о прелиминарном програму потрошачке политике, изражену кроз уплив првог „меког“ права ЕУ на пољу заштите потрошача 1975. године.

Стална тема европске политике која регулише заштиту потрошача је пружање информације. Међутим и информација може бити обмањујућа. Тврдња да ће компаративно рекламирање побољшати објективну процену потрошача није нарочито основана, имајући у виду да је субјект информације трговац који не треба да се понаша као незаинтересовани посматрач на тржишту.¹⁶ Ипак, важно је нагласити да компаративно рекламирање трпи одређена ограничења.

Имајући у виду овај фундаментални услов, компаративно рекламирање је дозвољено уколико омогућава да се роба и услуге, које се користе у исту сврху, могу упоредити.¹⁷ На тај начин објективно се упоређују један или више релевантних материјала и репрезентативних карактеристика те врсте роба и услуга.¹⁸ Ово упоређивање може укључивати и цену. Тиме би се онемогућило стварање конфузије на тржишту између оглашивача и конкуренције или између рекламираних жигова заштићених имена или других означавајућих обележја, роба, услуга, односно активности међусобних конкурената.

Што се тиче производа, код њих је битно утврдити елемент који истиче њихову различитост, с тим да се оваквим оглашавањем не стек-

-
- 15 Директива 97/55/ЕС представља комбинацију В2В (*business to business*) и В2С (*business to consumer*) принципа.
 - 16 Распрострањено коришћење овог облика оглашавања инспирисано је веровањем да се на тај начин охрабрује перцепција релативне супериорности у односу на конкуренцију, што чини подлогу при изградњи повољног имиџа марке. С. Старчевић, *op. cit.*, стр. 91.
 - 17 Компаративна реклама може се појавити у две подваријанте, као критикујућа и наслањајућа. Критикујућа се огледа у упоређивању, које чине сами трговци, између сопственог и конкурентског привредног друштва или између сопствених роба/услуга и конкурентских на штету ових других. У упоредном праву овај облик рекламирања сматра се недопуштеним, без обзира на тачност наведених података у рекламној поруци и без обзира на то да ли сама та порука наводи и на одговарајући закључак или се он препушта потрошачима. С друге стране, наслањајућа (паразитска) реклама упоређује сопствену компанију или робу са конкурентском, у циљу убеђивања да је сопствена компанија или роба једнако добра као и реномирана конкурентска, како би потрошачи извели закључак да се ради о изузетно повољној понуди.
 - 18 Могуће је вршити директно или индиректно поређење између производа или компанија, показујући сопствени производ/компанију у много бољем светлу. Поређење може бити учињено и много суптилније, тако да се односи на „остале водеће марке“, с тим да се циљној групи остави да процени о којим водећим маркама је реч.

не непоштена предност која се тиче репутације заштитног знака, имена или осталих карактеристичних обележја робе конкурентских производа (то се не односи на производе или услуге који су имитација, односно реплика роба или услуга које су заштићене правом заштићеног знака или имена). У вези са наведеним, поставља се питање који стандард треба применити приликом одређивања да ли су предуслови испуњени или не? Колико конфузије на тржишту је потребно пре него што је могуће затражити заштиту од коришћених метода компаративног рекламирања? У случају *Piping Augenoptik* против *Hartlauer*,¹⁹ Хартлауер је рекламирао своје наочаре на основу њихове предности у релативно нижој цени у односу на ону у *Piping Augenoptik*-у. Пипинг је захтевао да се компаративно рекламирање прогласи обмањујућим. Суд је, најпре, разматрао претходни ефекат Директиве. Затим је настојао да пружи интерпретативни савет на основу околности у којима се компаративно рекламирање, према Директиви, може сматрати недозвољеним. У ту сврху му је послужио практични тест о томе да ли би претпостављена очекивања просечног купца тиме била изневерена. При усвајању ове формуле експлицитно се указало на везу која је произлазила из члана 28 Уговора, где референца просечног потрошача игра централну улогу у пресуђивању о томе да ли су национална ограничења трговине допуштена. Члан 3(2) Директиве уређује одвојени режим регулације посебних понуда. У њима, на јасан и недвосмислен начин, мора бити истакнут датум до ког понуда важи, а уколико је могуће треба истаћи које се услуге у оквиру ње пружају. Уколико посебна понуда још увек није дата, у обзир се узима период током кога ће важити посебна цена или други посебни услови понуде.

Мало је вероватно, да ће тип рекламирања у питању нашкодити паралелном увознику. Суд је потврдио овај став, упућујући на привилеговану позицију паралелних увозника у праву ЕУ, из разлога „што они охрабрују трговину и помажу јачање конкуренције“.²⁰ Тако, заблуда појединог потрошача није довољна да би се рекламна пракса третираола као обмањујућа у смислу одредаба Директиве. Претпоставка је да постоји значајан проценат потрошача који је довољно информисан да направи избор између различитих типова истоврсне робе.

V Природа хармонизационог режима

Директива 84/450 примењује правило минимума хармонизације на обмањујуће рекламирање. За разлику од ње, Директивом 97/55

19 *Piping Augenoptik v. Hartlauer*, case C-44/01(2003) ECR I-3095.

20 S. Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, 2005, Elgar European Law, Cheltenham, UK & Northampton, MA, USA, стр. 179.

другачије се објашњава феномен компаративног рекламирања, према коме државе чланице не могу применити строжа правила. Другим речима, компаративно рекламирање може се примењивати на читавој територији тржишта ЕУ, а државе чланице не могу инсистирати на ригорознијој регулативи од оне предвиђене Директивом. Овим се појачава допринос Директиве стварању заједничког тржишта. Једини изузеци наведени у Директиви тичу се могућности да државе чланице могу забранити компаративно рекламирање које се тиче роба или услуга у вези са комерцијалном, индустријском, занатском или професионалном актвношћу.²¹

Ограничење минималног приступа, у регулисању компаративног рекламирања у праву ЕУ, посебно је наглашено у пресуди суда у случају *Piping Augenoptik* против *Hartlauer*-а. Хартлауер је рекламирао своје наочаре узимајући за основу рекламе то да су јефтиније од Пипингових. Пипинг је поднео тужбу како би спречио компаративно рекламирање сматрајући га обмањујућим. Прелиминарно питање за Суд било је да ли строже националне одредбе о заштити од компаративног рекламирања могу бити примењене да би се спречило рекламирање овог типа, како је наглашено у Директиви, или оно не би требало да буде проглашено обмањујућим? Европски суд је започео своју анализу посматрајући садржај Директива 84/450 и 97/55, у смислу њихових одредаба, и питања да ли се установљавање критеријума за компаративно рекламирање може сматрати законитим у контексту јединственог тржишта. Директива 84/450 у чл. 7(1) допушта државама чланицама да усвоје строжа национална правила у овој области како би се обезбедила боља заштита потрошача. Циљ Директиве 97/55 је да успостави основне критеријуме према којима би компаративно рекламирање било дозвољено широм ЕУ, те би законитост овог вида рекламирања требало процењивати једино у светлу критеријума постављених легислативом Европске уније.

VI Ефекти примене Директиве 84/450

Практични ефекат Директиве, у оквиру националних правних система, природно је зависан од матрице њене примене. Директива једноставно не препушта националним властима да изаберу како да спроведу меру која је усмерена против обмањујућег рекламирања. Она само упућује на специфичан институционални оквир који мора бити усвојен. Релевантне одредбе Директиве измењене су Директивом 97/55 како би се изашло на крај са последицама либерализације режима компаративног рекламирања, обзиром да су претходне одредбе регулиса-

21 Чл. 7 ст. 4 Директиве.

ле само ограничавање обмањујућег рекламирања. Члан 4(1) обавезује државе чланице „да осигурају постојање адекватних и ефикасних средстава којима би се борило против обмањујућег рекламирања, а све то у интересу потрошача, конкуренције и јавности уопште“. То могу учинити на начин што ће овластити лица или организације које, у складу са националним законом, имају легитимни интерес да предузму активности у циљу забране обмањујућег и регулисања компаративног рекламирања (најпре, подизањем тужбе у случају таквог рекламирања, а у другом случају упућивањем на надлежни административни орган). Суд и административни орган биће овлашћени да предузму посебне мере, укључујући и доношење обавезујућих одлука ради престанка даље активности, у случају увредљивог рекламирања. Уколико се случај решава посредством административних органа, одлуке морају бити образложене и могу бити предмет судске ревизије у случају њихове незаконитости.

Када дође до повреде правила предвиђених Директивом и када је колективни интерес потрошача угрожен, правила Директиве 98/27,²² која регулише мере забране наметнуте од стране националних судова, долазе до изражаја. Уколико забрана потиче од неке државе чланице, било који квалификовани ентитет из друге државе чланице, коме су заштићени интереси угрожени таквом забраном, овлашћен је да предмет изнесе пред суд или административни орган. У ту сврху, од држава чланица се захтева да обавесте Комисију о називу, односно имену и сврси ентитета квалификованог њиховим националним правом. То се чини из разлога што трговци могу доћи у искушење да искористе слабости законске примене на тржишту без граница, постављајући седиште своје пословне активности у једној држави, а усмеравајући своју незакониту праксу према потрошачима држављанима друге државе чланице.

VII Рекламирање дуванских производа

Европска унија има своју улогу у постављању стандарда који морају бити испуњени од стране компанија укључених у делатност рекламирања дуванских производа. Стандарди имају значај и за потрошаче и за комерцијалне операторе. Интервенција у овом сектору политички је врло осетљива. У последње три деценије, рекламирање дуванских производа постало је предмет појачане и интензивираних контроле у већини држава чланица, што је одговор на појачану свест о здравственим ризицима у вези са конзумирањем дувана.²³ Диверзитет регулаторних

22 OJ 1998 L166/51.

23 F. Duina, P. Kurzer, „Smoke in your eyes: the struggle over tobacco control in the European Union“, *Journal of European Public Policy*, бр. 11/2004, стр. 57.

оквира држава чланица оправдава законодавну интервенцију ЕУ у овој области.²⁴ Ова интервенција утицала је једнако и на рекламну поруку истакнуту на паковању дуванских производа, као и рекламирање које је физички одвојено од самих производа. Пажња је усмерена на фундаментални принцип садржан у члану 5 Уговора, који гласи да „Европска унија има право да делује само у оквиру поверених компетенција“.

Први корак ЕУ на овом пољу била је Директива 89/622,²⁵ која се тицала означавања дуванских производа, а правни основ налазила је у члану 100а Уговора о оснивању. Директива је усвојена новембра 1989. године квалификованом већином гласова.²⁶ Мера је омогућавала да производи носе генерално упозорење типа „дуван озбиљно нарушава ваше здравље“. Даље, од произвођача се захтевало да направе листу додатних упозорења која ће бити штампана на паклицима цигарета. Директива је обавезивала да упозорења покривају најмање четири процента релевантне површине паковања. Директива 89/622 измењена је Директивом 92/41,²⁷ што је омогућило да се додатна упозорења истакну на све дуванске производе, а не само на цигарете. Накнадне измене извршене су Директивом 2001/37²⁸ која је хармонизовала законе у области производње, рекламирања и продаје дуванских производа. Заштита здравља такође је апострофирана као један од циљева. У овој анализи, правила Европске уније о рекламирању, која обухватају упозорења и означавања нивоа катрана, имају приоритетан значај.²⁹

Законодавне и судске активности обликују улогу европског законодавства у креирању репер-маркера до којих се може ићи у рекламирању и обележавању паковања дуванских производа. У Комисији је дуго преовладало мишљење да опсег активности ЕУ у овој области треба проширити. Амбициознији предлог Директиве изнет је 1991. године. Он је садржао апсолутну забрану рекламирања на територији ЕУ, осим у про-

24 Основ за интервенцију налази се у члану 100а, пошто је ступањем на снагу споразума из Амстердама члан 100а заменио члан 95.

25 *OJ 1989 L359/1.*

26 Велика Британија, која је у прошлости преферирала волунтаристички приступ у овом сектору, гласала је против ове мере.

27 *OJ 1992 L158.*

28 *OJ 2001 L194/26.*

29 Процент катрана, никотина и угљен монооксида који се стварају уживањем цигарета, биће назначени на боку паклице на званичном језику или језицима држава чланица где се цигарете рекламирају, на начин да најмање десет процената површине паковања буде обухваћено. Паковања дуванских производа морају на себи имати специфично генерално упозорење одштампано на највидљивијем делу, као и додатно упозорење које је садржано на листи у Анексу 1 Директиве, које ће такође бити одштампано на другим видљивим површинама паковања.

давницама које продају дуванске производе. Иако је Комисија желела да овом мером унапреди заштиту јавног здравља, она је била у супротности са Уговором из Мастрихта. Предлог из 1991. године, као и предлози пре њега, тицали су се упозорења на паковању. Комисија је инсистирала на доприносу Директиве у елиминацији негативног ефекта који стварају различити национални закони у тој области и достизању високог нивоа заштите здравља.³⁰

Питање да ли је Европска унија компетентна да ограничавајуће утиче на рекламирање попримило је велики практичан значај. Немачка, која била надгласана у Савету, изнела је ово питање пред Европски суд који је убрзо Директиву и укинуо.³¹ Као разлог, између осталог, наведено је да Директива представља ограничавајући фактор за слободну трговину, а тиме и за конкуренцију.³²

VIII Телевизијско емитовање као вид оглашавања

Закони држава чланица нису међусобно усаглашени, због чега представљају препреку слободној трговини. У том смислу Директива 89/552³³ има за циљ да хармонизује националне прописе који се тичу регулисања телевизијског емитовања. Основна сврха јој је уклањање препрека слободном пружању услуга телевизијског емитовања на територији ЕУ. Названа је Директивом о „телевизији без граница“ и поставља минимум правила којима би се гарантовала слобода емитовања.³⁴

30 Такође се упутило и на релевантно „меко“ право – Резолуцију Савета о програму ЕУ за борбу против рака. Одобрење Парламента уследило је фебруара 1992. године, иако је Парламент сугерисао усвајање строжих мера контроле. Комисија је затим изменила предлог да би се прилагодила неким од ових амандмана и изнела нови предлог у априлу 1992. године. Ипак, показало се немогућим да се обезбеди адекватна већина у Савету, како би се осигурало усвајање предлога забране рекламирања дувана ширих размера. Сумње да је ова мера превасходно изречена услед бриге за јавно здравље, а не као мера за креирање заједничког тржишта, остале су на нивоу спекулација без практичног значаја, услед недостатка адекватне политичке подршке. Види: S. Weatherill, *нав. дело*, стр. 185.

31 Као разлог наведен је и тај што Директива није била ваљано заснована на члановима 100а, 57/2 и 66 (сада 95, 47/2 и 55). У случају рекламирања дуванских производа Суд није био убеђен да хармонизујућа правила, која регулишу рекламирање дуванских производа, на тендама које се користе у баштама кафића и билбордима, пружају значајан допринос функционисању заједничког тржишта.

32 Лекција коју је ЕУ научила из рекламирања дуванских производа била је да мора постојати стратегија о регулативи која се тиче рекламирања, тим пре ако се има у виду одсуство генералне законодавне надлежности.

33 *OJ 1989 L298/23.*

34 Директива 89/552 замењена је Директивом 97/36, између осталог, из разлога да би се прецизирала поједина питања која су се тицала надлежности.

Из перспективе потрошача, најважније одредбе Директиве су оне усмерене на контролу рекламирања дувана, медицинских производа и алкохолних пића. У складу са чланом 17(2) Директиве, телевизијски програми не смеју бити спонзорисани од стране компанија чија је приоритетна активност производња цигарета или других дуванских производа, што је у сагласности и са Директивом 2003/33.³⁵

Члан 14(1) забрањује „телевизијско рекламирање медицинских производа и третмана, доступних само на основу рецепта на територији државе чланице, у оквиру чије надлежности се емитовање врши“. Он је допуњен чланом 14(2), који утврђује да ће продаја путем телешопа за медицинске производе, који су предмет ауторизације од стране ЕУ, бити забрањена. Спонзорство телевизијских програма, од стране компанија које производе или продају медицинске производе, допуштено је у смислу могућности промовисања своје компаније, али без права да рекламирају специфичне медицинске производе или медицинске третмане доступне само на основу рецепта у држави чланици, у оквиру чије јурисдикције се емитује програм. Када је у питању рекламирање алкохолних производа Директива усваја другачији принцип.³⁶ Не препоручује се строга забрана, али постоји контрола на основу листе са одговарајућим критеријума које реклама мора да испуни.

Једно од поглавља Директиве регулише питање емитовања уопште. Овим одредбама изражава се јасна брига законодавства ЕУ за посебно „рањиве“ групе потрошача. Члан 16 усмерен је на заштиту малолетника од рекламирања. Европски концепт подразумева и промовише активног, свесног потрошача. С тим у вези, члан 22 забрањује емитовање које у себи садржи „било какво поспешивање мржње на основу расе, пола, религије или националности“. Али могућност да се укине емитовање допуштена је само уколико дође до тешког и намерног кршења одредби, односно да је у периоду од протеклих 12 месеци два пута дошло до повреде, као и да је држава поводом тога одржала састанак са емитером, Комисијом и државом из које емитовање потиче. Уобичајено је да домаћа држава преузима на себе одговорност да примени правила према „свом“ емитеру. Овај модел претпоставља да домаћа држава може, а често и мора, да предузме мере у случају повреде договорених стандарда заштите. Елиминација вишеструке регулативе, у корист контроле од стране домаће државе, централна је стратегија за достизање циља формирања заједничког тржишта, у сектору у коме је кроз развој технологије могућ брз прекогранични развој.

Креирање прецизног оквира Директиве остаје приоритет. Европски суд је направио разлику између тужбе према емитеру, која се

35 ОЈ 2003 L152/16.

36 Члан 15 Директиве.

подноси према одредбама Директиве, и тужбе према оглашивачу.³⁷ По одлуци Суда, Директива не спречава државе чланице да се ослоне на национално законодавство које регулише обмањујуће рекламирање, као и да изричу финансијске казне оглашивачу. Једино ограничење садржано је у захтеву да предузете мере не спречавају реемитовање телевизијског сигнала, укључујући и рекламирање које потиче из друге државе чланице. Ова интерпретација је гарант да ће се очувати контрола од стране домаће државе. Остали аспекти слободе домаће државе да регулише ово питање, приказани су у случају *Bacardi* против *TF1*.³⁸ Случај се тичао Лои Евина и његовог захтева упућеног француским властима да телевизијски пренос спортских догађаја у Француској, од стране француских оператера за друге државе чланице, не садржи рекламирање алкохолних производа. То је изазвало потешкоће, обзиром да је за време одржавања спортских манифестација било допуштено да се на дресовима играча истакну рекламе за алкохолна пића. Француско право ограничавало је на тај начин слободан промет услуга, у смислу члана 49 Уговора. Од Европског суда се захтевало да примени Директиву 89/552 на случај Лои Евина, што он није учинио из разлога што се радило о индиректном рекламирању које није било обухваћено дефиницијом телевизијског рекламирања садржаном у Директиви. Стога се поставило питање да ли ограничења усмерена према рекламирању могу бити оправдана? Суд је стао на становиште да ове мере могу бити оправдане само уколико доприносе заштити јавног здравља.

IX Рекламирање и фундаментална права

Било која форма регулисања тржишта је подложна изазову мешања са правима комерцијалних оператера.³⁹ Регулатива која одређује рекламирање изузетно је погодно поље за такву појаву. Пресуда у случају рекламирања дуванских производа, о којој је било речи, одредила је опсег компетенције ЕУ у домену хармонизације закона. Ова компетенција је ограничена и може бити оспоравана из разлога кршења општих принципа комунитарног права. С тим у вези намеће се питање да ли законска забрана рекламирања може бити нападнута са становишта забране слободе изражавања? Израз „слободни комерцијални говор“ који продавци користе као своје уставно право да оспоре законску забрану, остаје предмет расправа у Европи, мада се као аргумент дуже

37 То је учињено у случају *Konsumtombudsmannen v. De Agostini Forlag*, cases C-34/95, C-35/95 & C-36/95 (1997) ECR I-3843.

38 *Bacardi v. TF1*, case C-429/02, пресуда од 13. јула 2004.

39 S. Weatherill, *нав. дело*, стр. 195.

користи у Северној Америци. Тако је у случају *ERT* против *Dimotiki*⁴⁰ Европски суд интерпретирао опсег слободе пружања услуга у светлу генералног принципа слободе изражавања, регулисаног чланом 10 Европске конвенције о људским правима.

Слична матрица може се запазити и у области која регулише слободан проток робе. У случају *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags und vertriebs GmbH* против *Heinrich Bauer Verlag*,⁴¹ покушај да се оправдају национална ограничења трговине новинских издања остао је безуспешан, у светлу њиховог утицаја на фундаментално право слободе изражавања које уживају издавачи. Европски суд је препустио релевантном националном суду да утврди да ли је циљ одржања слободе штампе у Аустрији био довољан да превагне над штетним утицајем који је имао за продавца. Општи принципи комунитарног права примењују се ако подједнако делују и према националним властима и према институцијама Европске уније. То је предвиђено у члану 10 Директиве, на начин да су национална тела овлашћена да, до одређеног степена, спроводе контролу у складу са схватањем о њеном вршењу у демократским друштвима. Иако је право слободе изражавања пренесено из Конвенције у право ЕУ, оно је још увек ограниченог обима и дејства. Ово је видљиво у поменутој пресуди *Familienpress* која се тиче националних ограничења, имајући у виду свест да ограничење комерцијалних слобода захтева оправдање са аспекта правила ЕУ која контролишу технике рекламирања. Европско законодавство суочено је са чињеницом да ограничење слободе изражавања захтева оправдање такве регулаторне интервенције.⁴²

Споразум из Мастрихта, који је ступио на снагу 1993. године, донео је са собом експлицитније признање заштите основних права из Уговора. Одредба која је, након амандмана, носила назив члан 6 Уговора, истиче да је ЕУ створена на основу усаглашених принципа, укључујући и принцип заштите људских права и основних слобода. Такође се наглашава да ће Унија поштовати фундаментална права гарантована Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода, која је потписана у Риму 1950. године, те да су она резултат уставне традиције, познате у државама чланицама као генерални принципи комунитарног права.

Регулисање рекламирања у ЕУ приметно се одвија у сенци два правна документа – Уговора о оснивању и Европске конвенције, допу-

40 *ERT v. Dimotiki*, case C-260/89 (1991) ECR I-2925.

41 *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags und vertriebs GmbH v. Heinrich Bauer Verlag*, case C-368/95 (1997) ECR I-3689.

42 Види: W. Skouris (ed.), *Advertising and Constitutional Rights in Europe*, Baden-Baden: Nomos, 1994, стр. 34; H.-W. Micklitz, J. Kessler, *Marketing Practices Regulation and Consumer Protection in the EC Member States and the US*, Baden-Baden, Nomos, 2002, стр. 67.

њене Повељом о фундаменталним правима. Законодавни напори овог типа, не могу навести на закључак да ограничења рекламирања предвиђена директивама не утичу на право слободе изражавања.⁴³ У случају оглашавања дуванских производа Немачка је довела у питање смисао директиве, сматрајући да она угрожава принцип слободе изражавања. То је умало узроковало потпуну забрану рекламирања дуванских производа на територији ЕУ.⁴⁴

Х Уместо закључка

Нова конкуренција не заснива се на оном што компанија производи, већ на оном што додаје својим производима у облику амбалаже, оглашавања, услуга, саветовања купаца и др. Трансформација националних тржишта релативно мале величине у велико јединствено тржиште Европске уније стимулисаће конкуренцију и подстаћи произвођаче да достигну максималну ефикасност у области заштите права потрошача, као и да повећају свој удео на тржишту. Посматрано кроз призму економске теорије, интензивирање конкуренције иде на руку потрошачима, јер повећава избор доступних роба и услуга утичући на тај начин на побољшање њиховог квалитета и смањење цена.

Рекламирање је важан елемент у успешном презентовању роба и услуга. Али постоји широки опсег недопуштених комерцијалних активности којима се продавци могу служити. Национална правила усвојена да заштите економске интересе потрошача могу ограничити трговину уколико се разликују од државе до државе. Ово може утицати на различите технике националних мера заштите права потрошача, укључујући сузбијање обмањујућих описа производа, укидање нелојалне конкуренције и забрану обмањујућег рекламирања.

Различита правила уговорног права обавезујућег карактера, као што је случај код потрошачког права, могу довести до нарушавања услова конкуренције. Овај „негативни приступ“ су користиле институције ЕУ да би оправдале своје ангажовање у потрошачком уговорном праву. Позитивнији елемент је додат указивањем на циљеве потрошачке политике, како је то чланом 153 предвиђено – да се промовише информисаност потрошача и да се штите њихови економски интереси, нпр.

43 Види: А. М. Collins, *Commercial Speech and the Free Movement of Goods and Services at Community Law*, u *Human Rights and Constitutional Law*, Dublin, Butterworths, 1992, стр. 52; Cf. А. Hutchinson, „Money Talk: Against Constitutionalizing (Commercial) Speech“, *Canadian Business Law Journal*, бр. 17/1990, стр. 2; R. Shiner, *Freedom of Commercial Expression*, Oxford University Press, 2003.

44 Н.-W. Micklitz, J. Kessler, *нав. дело*, стр. 68; S. Weatherill, *нав. дело*, стр. 198.

стварањем минимума стандарда о предуговорној информисаности у директној и продаји на даљину, повећавањем слободе избора кроз право на повлачење, успостављањем правила о транспарентности и правичности унапред формулисаних услова и гаранција, као и осигуравањем стандарда квалитета кроз обавезујућа правила о надокнади и гаранцијама.

Овај приступ је доведен у питање када је Европски суд, у својој чувеној пресуди о оглашавању дувана од 5. октобра 2000. године, одлучио да ограничи прилично „сужену“ моћ унутрашњег тржишта у законодавном домену заштите потрошача. Ова пресуда је проузроковала снажну расправу међу европским правним теоретичарима о томе да ли постоји стварна надлежност Европске уније у потрошачком уговорном праву, као и потреба за наднационалном применом права.

Milena JOVANOVIĆ-ZATTILA, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law, University of Niš

ADVERTISING AND COMPETITION – APPLICATION AND EFFECTS

Summary

In this paper, the author has focused on two forms of competitive advertising: misleading advertising and comparative advertising. Their common feature is a number of diverse activities that companies employ to communicate with individuals, groups or general public in the form of personal or general messages aimed at synchronizing their mutual needs and interests. However, while misleading advertising is an illegal activity and thus subject to relevant sanctions, comparative advertising is in principle a permissible activity which may not always be morally justifiable. The competition in the contemporary world does not necessarily depend on the kind of product a company manufactures but rather on what the company brings to the product in terms of packing, advertising, services, customer counseling, etc. Although advertising is an important element in the successful presentation of goods and services, there is a huge number of illicit commercial activities which traders may turn to. The national rules adopted to protect the consumers' economic interests may restrict trade among countries if these rules significantly differ from one state to another. This may have further negative impact on applying different techniques of implementing national measures for the protection of consumer rights, includ-

ing the prevention of misleading product descriptions, banning unfair competition and prohibiting misleading advertising.

After summarizing the effects of the Directive 84/450/EC and numerous controversies that accompanied its implementation in the national legislation of some Member States, the author has endeavoured to provide answers to some of the disputable questions in this area, among which is the issue of the subject matter jurisdiction of the European Union and the actual need for the application of supranational law in the field of consumer contracts and particularly in the field of advertising.

Key words: *misleading advertising and comparative advertising, Directive, acquis communautaire, competition, consumers, ethics.*