

Велимир ЖИВКОВИЋ, мастер, MJur (Oxford)
докторант Правног факултета Универзитета у Београду

МОДЕЛИ ЈАЧАЊА УЛОГЕ УДРУЖЕЊА ПОТРОШАЧА И ПОСЛОВНИХ УДРУЖЕЊА У ПОСТУПЦИМА ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВИЛА КОНКУРЕНЦИЈЕ

Резиме

Приватнојравно сировођење права конкуренције у виду тужби за накнаду штете од сиране оштећених лица представља важан аспект укупног режима права конкуренције. Овој материји је у праву Србије посвећен члан 73 Закона о заштити конкуренције што је корисно али и недовољно за јојшунује и сврсисходно реулисање.

У контексту ошних напора на европском континенту за јачање овог облика сировођења права конкуренције у овом чланку износе се идеје за побољшање правног оквира у Србији у домену јачања улоге удружења потрошача и пословних удружења. Овим удружењима би требало бити омогућено да иницирају тужбе за надокнаду штете коју су прејтели потрошачи и чланови пословних удружења и то посебно у ситуацијама када су наведена лица суочена са великим прејекама да сама покрену поступке. У том смислу се у чланку износи скица модела који би могли бити примењени.

Кључне речи: *право конкуренције, накнада штете, удружења потрошача, пословна удружења.*

I Увод

Закон о заштити конкуренције из 2009. године¹ (у даљем тексту: ЗЗК) унео је у српско право заштите конкуренције између осталих и новину у члану 73 којим се регулишу ситуације приватноправних поступака накнаде штете проузрокованих повредама конкуренције, у ситуацији када постоји одлука о утврђеној повреди од стране Комисије за заштиту конкуренције (у даљем тексту: КЗК). Овај облик заштите конкуренције у упоредном законодавству и доктрини познат је по енглеском изразу *follow on actions*, и заједно са другим типом поступака у којима не постоји претходна одлука јавноправног тела за заштиту конкуренције (енгл. *stand alone actions*) чини основни елемент приватноправног спровођења (енгл. *private enforcement*) права конкуренције. Функција приватноправног спровођења је двострука: компензаторна и превентивна. Компензаторна је јер, за разлику од јавноправног спровођења, омогућује оштећенима да непосредно добију обештећење. Превентивна је јер сазнање потенцијалног/оствареног прекршиоца да ће бити изложен и овом облику одговорности – додатно утиче на то да у будућности не крши право конкуренције. Све ово је завредило пажњу и Европске уније и представља једну од кључних смерница у даљем развоју права конкуренције у ЕУ.²

Идеја да се материја пратећих одштетних тужби, а тако ћемо у овом раду називати поступке по члану 73 ЗЗК, потпуније регулише је за похвалу. Претходни закон о заштити конкуренције из 2005. године³ није садржавао сличну одредбу па је садашњи закон свакако искорак у добром смеру. Може се са сигурношћу претпоставити да то ипак не значи да су једним чланом закона решене све недоумице у овој области. Простора за даљи напредак сигурно има, тако да овај чланак садржи неколико предлога које дајемо са уверењем да би допринели побољшању постојећег правног оквира.

Напомињемо да истраживања у овој конкретној области још увек морају бити заснована преваходно на законском тексту и теорији. Судска пракса за члан 73 ЗЗК према аутору доступним подацима практично и не постоји.⁴ Мишљења смо да је поред других фактора такво стање

1 Службени гласник РС, бр. 51/2009.

2 Ariel Ezrachi, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Cases*, 2nd Ed., Oxford, 2010, стр. 453–454.

3 Службени гласник РС, бр. 79/2005.

4 Према подацима доступним аутору, у домену накнаде штете због повреде права конкуренције постоји само једна тужба, а поступак је у застоју док Управни суд не одлучи о жалби на одлуку КЗК. Аутор жели да се овим путем захвали колегама из

узроковано и одређеним мањкавостима постојећих правних решења, те да би евентуално усвајање предлога који се овде износе могло допринети побољшању ситуације. Иначе, предлози који су овде изнети могу се евентуално применити и на самосталне тужбе за утврђење штете због кршења права конкуренције (*stand alone*), али смо уверења да у правном систему са још увек суштински неизграђеним правом и судском праксом у области конкуренције конкретне шансе за добијање обештећења постоје готово искључиво у контексту члана 73 ЗЗК, те зато предлоге на њега и ограничавамо.

У даљем излагању следи кратка анализа члана 73 ЗЗК, а потом предлози како би се могла побољшати решења у погледу парничних поступака покренутих по њему и то у погледу њиховог покретања и вођења од стране удружења потрошача и пословних удружења. Поменути предлози односе се у великој мери на материју која се не регулише правом конкуренције већ и грађанским процесним правом и правом заштите потрошача. Ово показује и да је приступ по коме се материја заштите конкуренције може регулисати правним решењима само у тој области погрешан. Посебно у области приватноправног спровођења потребан је плански и кохерентан приступ свеобухватном регулисању. Тако нешто је у знатној мери изостало у праву Србије и више речи о томе биће у даљем тексту.

II Кратак осврт на члан 73 ЗЗК

Члан 73 ЗЗК гласи:

„Накнада штете која је проузрокована актима и радњама које представљају повреду конкуренције у смислу овог закона, а која је утврђена решењем Комисије, остварује се у парничном поступку пред надлежним судом. Решење Комисије из става 1 овог члана не претпоставља да је штета наступила, већ се иста мора доказивати у судском поступку.“

У погледу овог члана, првог своје врсте у краткој али турбулентној историји српских прописа о заштити права конкуренције, основно питање је шта се њиме постиже и да ли је било нужно да се овај члан унесе у наше законодавство.

Чини се да значај овог члана ЗЗК није у иновирању или реформи права конкуренције већ пре свега у разјашњавању одређених питања. Ово је свакако корисно али вероватно није било нужно. Основни елементи који се могу издвојити из овог члана су следећи: а) посредно се

београдских адвокатских канцеларија Карановић, Николић, Морачевић, Војновић, Здравковић/Schoenherr и CMS на консултацијама и подацима.

констатује да за повреду права конкуренције утврђену решењем КЗК постоји и приватноправни елемент санкције у виду накнаде штете оштећеном; б) поступак накнаде ове штете је парнични и пред надлежним судом и в) штета се мора доказивати а не претпоставља се самим решењем КЗК.

Мишљења смо да ниједан од ових елемената сам по себи не одступа од општих правила и принципа на којима је засновано српско право и да у том смислу суштинске потребе за изричитим наглашавањем поменутих решења није било. Могућност накнаде штете, са или без решења КЗК, ионако је предвиђена широком општим одредбама о накнади штете у члановима 16, 154 и 155 Закона о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО). Вреди напоменути да је ово ситуација која постоји у правима која прихватају концепт опште одговорности за штету потеклог из чланова 1382 и 1383 француског Грађанског законика. У енглеском праву које је засновано на систему тачно одређених деликата,⁵ или пак немачком праву где накнада чисто економске вануговорне штете није начелно могућа,⁶ оваква изричита одредба би имала далеко већи значај.

С обзиром на контестативну правну природу накнаде штете и њен приватноправни карактер, остваривање у парничном поступку се такође логично намеће. Појам надлежног суда у самом члану додуше није ближе објашњен али се да закључити да се мисли на суд надлежан према општим правилима о надлежности. Иако се то изричито не помиње, у случају када би тужиоци наступали у својству оштећених крајњих потрошача, ваљало би свакако имати у виду и одредбу члана 45 ЗПП о посебној надлежности за потрошачке спорове, као и могућност покретања спора и пред судом боравишта или пребивалишта тужиоца.

Конечно, одредба о томе да се штета не претпоставља такође се подводи под редован приступ овом питању у области накнаде штете.⁷ Супротно решење би, уосталом, значило да би постојала претпоставка да је било који тужилац, без изузетка, претрпео штету а да је на туженом да супротно доказује што би захтевало доказивање негативне чињенице у сваком појединачном случају. Тако нешто већ на први поглед делује нелогично.

После свега наведеног, постоји ли оправдани разлог постојања за члан 73 ЗЗК? Мишљења смо да је одговор позитиван. Иако се до решења која се у њему налазе може доћи и применом метода правне дедукције, изричита потврда и груписање на једном месту у релевант-

5 Konrad Zweigert, Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd Ed., Oxford, 1998, стр. 605.

6 *Ibid*, стр. 599–600.

7 Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2007, стр. 431–432.

ном законском тексту не може бити негативно, напротив. У систему права конкуренције какав је српски и који је реално гледано још увек у повоју – сваки облик појашњења је користан. Добродошао је судијама који се по први пут сусрећу са овом материјом и смањује могућност да у закључивању ипак дође до нежељених грешака. Добродошао је и лицима која сматрају да су оштећена јер у извесном смислу поред појашњења њиховог права на накнаду штете представља и подстрек да се тим правом и користе. Са ширег становишта то је позитивно и за читав систем заштите конкуренције у једној земљи, због већ поменутих ефеката на превенцију прекршаја у будућности.

Када члан 73 ЗЗК већ постоји, а уз то обавља и корисну функцију, требало би видети како од поступака предвиђених њиме извући максимум. Предлозима у том правцу посвећен је следећи одељак.

III Покретање и вођење поступака – улога удружења потрошача и пословних удружења

Циљ која стоји иза пратећих одштетних тужби је да поступак буде једноставан и ефикасан или бар значајно једноставнији и ефикаснији него у случају када је прво потребно доказивати повреду конкуренције уз кривицу прекршиоца а потом и остале потребне елементе за накнаду штете – насталу штету и каузалну везу између повреде конкуренције и штете. Јасно је да начелно непостојање потребе за доказивањем повреде у великој мери поједностављује и што је такође врло битно, појефтиније судски поступак накнаде штете. И поред тога не би требало имати превише илузија о томе да уз то појефтинјење овај поступак представља примамљив избор за крајњег потрошача. Ситуација је нешто другачија са привредним субјектима али опет не нужно у великој мери. Размотрићемо одвојено ситуације и решења која би се могла применити ради побољшања ситуације у погледу покретања поступака накнаде штете за ове две категорије лица која могу бити оштећена повредом конкуренције.

1. Потрошачи

Добра почетна тачка у разматрању положаја потрошача је хипотетички пример на коме се могу видети различите потешкоће везане за крајње потрошаче и поступке накнаде штете. Замислимо ситуацију у којој је ланац супермаркета, који има несумњиво доминантан положај на тржишту, тај положај злоупотребио наметнувши крајњим потрошачима неправично високу цену одређеног производа који спада у робу

широке потрошње у износу који је 20% виши од цене која би била у условима праве конкуренције. Оваква повреда је трајала годину дана, а потом је откривена и санкционисана одлуком КЗК. Штета за сваког од потрошача који је купио наведени производ је несумњива и поступак према члану 73 ЗЗК се чини као одлична могућност да се претрпљена штета надокнади.

Ако претпоставимо да је потрошач потпуно упознат са својим правима која би имао према овом члану и уз то и разматра покретање поступка, пред њега се постављају најмање две велике препреке. Прва се односи на то да ли према рационалном економском понашању потрошач има мотива да поступак покрене. Одговор је у највећем броју случајева негативан. Иако постоји могућност изузетака, ако је повреда конкуренције дуго трајала а поједини потрошач је био изразито оријентисан на куповину тог одређеног производа, закључак је да је појединачни потрошач у збиру претрпео релативно мали износ штете – који га највероватније неће мотивисати да покрене поступак накнаде. Ако узмемо да је увећана цена производа износила 500 динара, што се може сматрати и релативно високом ценом за производ широке потрошње, као и да је наведени производ потрошач куповао једном месечно, штета коју је претрпео потрошач износи свега 1.200,00 динара за годину дана (20% од 500 x 12). Уз чињеницу да само један поднесак адвоката према важећој адвокатској тарифи кошта пет пута толико,⁸ и уз даље трошкове судских такси, накнаде за рочишта и чињенице да спор свакако може потрајати – намеће се закључак да потрошач једноставно нема мотива да се у наведени процес упушта ради наведеног износа штете, све и да постоји сасвим извесна могућност да ће трошкови на крају бити надокнађени.⁹

Не би требало мислити ни да је ово само спецификум ситуације у Србији и ионако незавидне ситуације просечног потрошача. Нереалност појединачних тужби за накнаду штете присутна је исто тако у западним земљама – што истиче значај колективних тужби.¹⁰

Друга препрека за потрошача који би желео да се упусти у поступак лежи пре свега у могућности да претрпљену штету докаже. Све и да је повреда конкуренције детаљно утврђена као штетна радња и да је и

8 Тарифни број 7 Адвокатске тарифе од 10.03.2012. године, доступно на адреси: http://www.advokatska-komora.rs/propisi_lat/TARIFA_100312.pdf, 10.4.2012.

9 Члан 153 ЗПП.

10 Jacob S. Ziegel, Anthony J. Duggan, *Commercial and Consumer Sales Transactions – Cases, Text and Materials*, 4th ed., Toronto, 2002, стр. 736; Marc A. Sittenreich, „The Rocky Path for Private Directors General: Procedure, Politics, and the Uncertain Future of EU Antitrust Damages Actions“, *Fordham Law Review*, Vol. 78, No.5, стр. 2706 и даље.

каузална веза очигледна, крајњи потрошач би морао да неки начин да докаже своју штету и то кроз пружање доказа да је наведени прозивод заиста макар једном и купио. Да се закључити да у случају робе широке потрошње заиста није једноставно тако нешто доказати. Практично, најреалније би било очекивати доказ кроз поседовање фискалног рачуна, мада је и ту присутна чињеница да такви рачуни не садрже податке према којима би се могао утврдити идентитет купца – потрошача. Већи је проблем што је нереално очекивати да ће потрошач фискални рачун за робу широке потрошње чувати дуго. То све доводи до ситуације у којој потрошач није у могућности да докаже штету, што је изричит захтев члана 73 ЗЗК, а наравно и општих правила накнаде штете.

Ни ово није нешто што је карактеристично само за Србију. Чувени британски случај *JJB Sports*,¹¹ у коме је удружење потрошача покренуло поступак против ланца продавница спортске опреме због договорног повећања цене дресова енглеске репрезентације, показао је колико је тешко доказати куповину оваквог производа. Број потрошача који је сачувао рачун био је релативно мали, па се прибегавало и доказивањем путем прилагања фотографија на којима потрошач носи наведени дрес. Док је у случају одевних предмета тако нешто евентуално и могуће, јасно је да у већини случајева таквих и сличних доказа нема.

Све наведено може бити другачије у случају када је у питању производ различитог карактера, попут техничке робе. У том случају могуће је да цена производа евентуално оправдава вођење поступка јер је потрошач и даље у поседу рачуна за производ, најчешће да би остварио право на производњачку гаранцију. Мада је могућност покретања поступка накнаде штете у оваквим случајевима нешто већа, тешко је прогнозирати у којој мери је то случај. Чини се да упоредна искуства и ставови у доктрини сасвим јасно указују да потрошач није спреман на самостално покретање поступка било који производ да је у питању. На крају, иако је ситуација у погледу појединих (скупљих, комплекснијих итд.) производа у овом погледу боља, то не би смело да значи мирење са ситуацијом у којој је прекршилац права конкуренције сигуран да неће бити тужен за накнаду штете ако је прекршај у домену робе широке потрошње.

Док у домену доказивања потрошача да је штета претрпљена није лако предложити решења, решења за ефикасније и извесније покретање поступка као и остваривање бар превентивне улоге приватноправних поступака заштите конкуренције постоје и упоредноправно су добро позната. То су колективне тужбе у различитим облицима: колективне тужбе у правом смислу речи где се тужи у име читаве класе оштећених,

11 *The Consumers' Association v JJB Sports*, Competition Appeal Tribunal Case 1078/7/9/07, детаљи доступни на адреси: <http://www.catribunal.org.uk/237-640/1078-7-9-07-The-Consumers-Association.html>, 10.4.2012.

колективне тужбе где се више десетина или стотина тужилаца удруже и туже у своје име, као и тужбе покренуте од стране одређених удружења у име лица чије интересе удружење брани.¹²

Колективне тужбе у првом значењу су по концепту *class actions*, који је посебно развијен у области права конкуренције у САД. Српско право у начелу не познаје овај концепт осим неких спорадичних појава које подсећају на то, рецимо у компанијском праву.¹³ С обзиром да би увођење оваквих тужби у српско право представљало заиста велику промену сматрамо да није реално очекивати тако нешто у скорије време, а посебно не ради побољшања ситуације у области права конкуренције.

Што се тиче колективних, масовних тужби, законски предуслови за њих постоје. Охрабрује чињеница да се масовне тужбе учесталије јављају пред српским судовима, пре свега као резултат активне улоге адвоката у контактирању и организовању тужилаца. Улога адвоката у приватноправном спровођењу права конкуренције је иначе врло значајна у праву САД и доведена до нивоа основног покретача, што опет изазива подозрење у ЕУ.¹⁴ Иако је ова тема занимљива, не можемо овде превише улазити у детаље. Мишљења смо да би професионални адвокати у Србији, који су за разлику од просечног потрошача много боље информисани, могли одиграти значајну мотивациону улогу за покретање поступака, као и катализатора развоја приватноправних поступака у области права конкуренције.

Остаје ипак неизвесно у којој мери овакве тужбе могу представљати решење за описани пример и просечног потрошача Србији. Наведени потенцијално мали износ штете по појединачном потрошачу условљава неопходност већег броја потрошача који би се прикључили тужби зарад економске оправданости за тужиоце тако и за адвоката, који би читаву тужбу организовао. Контактирање потенцијално заинтересованих тужилаца је тешко изводив посао. Ако би се адвокат определио за јавни позив или оглас ради прикупљања заинтересованих, оправдана је бојазан да би тиме кршио одредбе Закона о адвокатури у погледу рекламирања адвокатских услуга.¹⁵ Мишљења смо стога да би за спонтано самоорганизовање потрошача морао бити већи, учесталији или

12 За више о овим облицима видети, на пример Gerhard Wagner, „Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options“, *Law Quarterly Review*, Vol. 127.

13 Члан 476 ст. 4 и 5 Закона о привредним друштвима.

14 Одлична илустрација овог става је резолуција Европског парламента посвећена овој теми – European Parliament resolution of 26 March 2009 on the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules (2008/2154(INI)), I, доступно на адреси: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P6-TA-2009-0187+0+DOC+PDF+V0//EN>, 10.4.2012.

15 Закон о адвокатури, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, чл. 24.

континуирани разлог и ситуација. Од најчешће инкогнито ангажовања адвоката не може се у Србији очекивати превише, мада остаје нада да ће се ствари у будућности развијати повољније.

Оно од чега би се са правом могло очекивати да буде у првом плану јесу тужбе покренуте од стране удружења потрошача. Специфичност ових тужби је што иако спадају у домен приватноправног спровођења права конкуренције, елемент компензације самим потрошачима није нужно присутан. Уколико неки потрошач није у стању да докаже да је штету претрпео, положај му неће бити ништа другачији у односу на ситуацију да је поступак покренуо сам – удружења потрошача не исплаћују добијену одштету некоме само на основу тврдње да је штета претрпљена. Али и поред тога што компензација евентуално изостаје, елемент превенције је итекако присутан. Иако можда одштета неће стићи до самог потрошача, свако ко би размишљао о кршењу права конкуренције које може погодити потрошаче би морао узети у обзир и то да би свеједно морао да плати одштету и то, мишљења смо, у пуном износу као да је сваки од потрошача појединачно тражио накнаду штете, а при том и био у прилици да је докаже.

Овако нешто је засад неоствариво у српском праву. Законодавац је у Србији 2010. године донео дуго најављивани Закон о заштити потрошача (у даљем тексту ЗЗП).¹⁶ Овај закон је донет скоро годину дана после ЗЗК и пружао је прилику да се својим одредбама надовеже на ЗЗК, посебно на члан 73. Изостала је ипак шира визија која би омогућила кохерентно решавање заштите положаја потрошача, како у чисто потрошачким споровима тако и споровима у области права конкуренције када су оштећени потрошачи. ЗЗП предвиђа могућност покретања спорова од стране удружења потрошача ради заштите права и интереса потрошача.¹⁷ У права и интересе потрошача које ЗЗП набраја¹⁸ не спада и право на уживање у слободној конкуренцији или интерес потрошача да не буду оштећени тиме што би један или више трговаца кршило правила конкуренције која су, наглашавамо то, према ЗЗК *нарочито њу ради корисџи њоџрошача!*¹⁹ Парадоксално је да се трговац који није исправно саставио декларацију или добро превео упутство за употребу може наћи на мети тужбе удружења потрошача, али трговац који се са другим удружио да би непосредно од потрошача дословно отео новац кроз вештачко подизање цене је безбедан од тужбе. Парадокс је унеколико и већи, с обзиром на наше опредељење за ЕУ, ако се зна да је

16 Службени гласник РС, бр. 73/2010.

17 Чл. 130 ЗЗП.

18 Чл. 2 ЗЗП.

19 Чл. 1 ЗЗК.

могућност покретања оваквих поступака од стране удружења потрошача добро позната у правима чланица ЕУ већ деценијама. За примере чак не треба ићи много далеко нити пак западно – тако нешто могуће је у суседној Румунији већ двадесет година.²⁰

Овакву мањкавост у праву Србије би било пожељно исправити. Ради тога сматрамо корисним да се у општим цртама преложи модел који би могао бити основ за реформу и унапређење закона. Пре свега мислимо на ЗЗП и имплементацију одговарајућих одредби везаних за право конкуренције и интересе потрошача у овој области. Напомињемо да у оквирима овог чланка нема потребе разматрати репрезентативност удружења потрошача и њихову активну легитимацију у том погледу. У излагању које следи претпоставља се да је удружење или савез удружења који покреће тужбу довољно репрезентативан за тако нешто. Даље, свесни смо и чињенице да остваривање заштите потрошача преко удружења потрошача у Србији наилази на велике потешкоће с обзиром на мањак институционалних капацитета удружења потрошача.²¹ Имајући у виду потешкоће у пракси, сматрамо да би правни режим требало унапређивати, уз наду да ће паралелно са тим доћи и до побољшања у пракси. Ако проблеми постоје у пракси, то ипак није разлог да се правни оквир запостави и не унапређује даље.

Мишљења смо да је најбољи модел за остваривање резултата у Србији налик *su pres* концепту какав је присутан у упоредном праву.²² Удружење потрошача би имало право да покреће поступке накнаде штете у име потрошача на основу донетих одлука комисије и у складу са чланом 73 ЗЗК. Претрпљеном штетом би се овде сматрала штета коју су претрпели сви потрошачи који су наведени производ купили а чије интересе удружење брани. Самим тим и доказивање претрпљене штете би се одвијало другачије. На основу пословних података прекршиоца и других субјеката укључених у процес продаје крајњим потрошачима дошло би се до податка о томе колико је производа продато по вештачки подигнутој цени у време трајања прекршаја. Та количина помножена са износом за који је подигнута цена у односу на ону која би постојала у ситуацији да прекршаја није било – би представљао износ који би прекршилац био дужан да надокнади као штету коју су потрошачи прет-

20 European Consumer Consultative Group Opinion on Private Damages Actions, 2010, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/consumers/empowerment/docs/ECCG_opinion_on_actions_for_damages_18112010.pdf, 10.4.2012, стр. 78.

21 Конференција Уједињених нација за трговину и развој, Експертска анализа политике заштите конкуренције: Србија, 2011, доступно на адреси: http://archive.unctad.org/ru/docs/ditcclp2011d2_ru.pdf, 10.4.2012, стр. 54–56.

22 За више о овоме видети, на пример, Sam Yospe, „Cy Pres Distributions in Class Action Settlements“, *Columbia Business Law Review*, Vol. 3/2009.

рпели. Јасно је да је овакав начин доказивања штете, иако ограничен на непосредну штету а не и изгубљену добит, далеко једноставнији и ефикаснији од тога да сваки потрошач доказује своју штету. Уколико је одлука КЗК правоснажна, те тиме постоји *res iudicata* да је прекршилац заиста и одговоран, овакав систем доказивања је и сасвим легитиман. Наравно, у овом процесу постоји могућност тешкоћа у утврђивању количине производа, опструкције и одуговлачења од стране туженика и слично. Лек за то би могла бити разумна употреба члана 232 ЗПП и могућности слободне оцене износа накнаде штете у случају постојања несразмерних тешкоћа у утврђивању тачног износа.

Питање које се даље поставља је шта учинити са добијеном накнадом. Јасно је да као таква не припада удружењу потрошача јер је тужба покренута у циљу заштите интереса потрошача а не удружења. Прва могућност за добијену накнаду штете је да сваки од потрошача који може ипак да докаже да је штету претрпео из добијене одштете такође буде обештећен. У том циљу би било пожељно да удружење потрошача буде обавезано да по добијеној одштини објави јавни позив потрошачима и остави примерен рок (као неки минимум чини се рок од три месеца) да се јаве и уколико су у могућности докажу да су купили производ у наведеном периоду. Поред тога, сваком потрошачу би и даље остало омогућено да сам на суду оствари накнаду штете, независно од поступка који би водило удружење потрошача. Тако нешто би се могло десити у случају да је потрошач незадовољан добијеним износом или има намеру да докаже и изгубљену добит. У случају позитивног исхода по потрошача и исплаћеног износа од стране прекршиоца, прекршиоцу би било дозвољено да уз доказ о томе добије повраћај исплаћеног износа из износа одштете који је плаћен у поступку покренутом од стране удружења потрошача.

По истеку периода за пријављивање, преостали износ одштете би требало да буде на располагању удружењима за заштиту потрошача за покретање нових пратећих одштетних тужби и за активности усмерене ка побољшању заштите потрошача, односно јачању свести о потреби заштите конкуренције и права потрошача у том погледу. У том погледу чини се да је најбоље решење да наведена средства буду на посебном рачуну под надзором за то одређеног државног органа (Министарства трговине а можда и КЗК) и одобривана по захтеву удружења за заштиту потрошача за конкретне активности.

На овај начин пружила би се прилика актерима који су добро информисани и мотивисани да заштите потрошаче да то заиста и ураде, остварио би се циљ превентивног дејства приватноправног спровођења права конкуренције, циљ компензације потрошача не би био у потпуности искључен а остварила би се средства за даљу подршку оваквог

спровођења заштите конкуренције и/или другим активностима усмереним ка заштити потрошача.

Изнети модел је скица могућег решења. У самој имплементацији кроз законска решења постојала би потреба за решавањим различитих осетљивих питања. Два проблема се посебно истичу и вредело би им посветити нешто више пажње.

Први је питање егзактног износа за који је дошло до вештачког повећања цене. Не мислимо овде само на проблеме који могу настати приликом економског израчунавања тога која би била права тржишна цена у различитим периодима трајања прекршаја и слично, иако је то такође огроман проблем у праву конкуренције.²³ Кључно питање за остваривање једноставности пратећих одштетних тужби је да ли ће КЗК у својој одлуци на којој се базира даљи поступак бити довољно прецизна или уопште прецизна у одређивању у којој мери је и како прекршај довео до повећања цене крајњим потрошачима. Без прецизног податка у том смислу, пратећа одштетна тужба може се лако претворити у нешто поједностављену варијанту *stand alone* поступака. Ако би удружење потрошача морало да доказује и објашњава узрочну везу између прекршаја и повећања цене крајњим потрошачима, као и сам износ тог повећања, а то ће изискивати велике напоре у прикупљању доказа и комплексну економску анализу, мишљења смо да је читав концепт пратећих одштетних тужби обесмишљен. КЗК је већ била критикована за претерано упрошћен приступ комплексним питањима.²⁴ Остаје да се очекује, па у том смислу и апелује на КЗК, да се у доношењу одлука поступа темељно и исцрпно, са што више детаља и објашњења. Поред очигледних предности детаљно образложене одлуке је и та да је мање подложна евентуалном обарању од стране Управног суда. Предност у погледу једноставности даљих поступака према члану 73 ЗЗК би такође требало да буде важан мотив у одлучивању.

Други проблем би могао бити изазван потенцијалним злоупотребама у домену расподеле добијених средстава из одштете коју би прекршилац платио. Један вид тога је опасност појаве наводних оштећених потрошача који би у договору са удружењем потрошача могли противправно добити накнаде из добијеног износа. Ово је наравно нешто што би се морало строго контролисати, пре свега кроз увођење маркар два независна нивоа провере захтева оштећеног потрошача према удружењу потрошача односно према добијеном износу одштете. Други вид проблема би могао бити у симулованим тужбама од стране наво-

23 Видети Охера, „Quantifying antitrust damages“, Brussels, 2009, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf, 10.4.2012.

24 Борис Беговић, Владимир Павић, „Јасна и непосредна опасност II: Час анатомије“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2010, стр. 347–350.

дних оштећених потрошача према прекршиоцу у којима би туженик одмах признао све наводе и наводно исплатио потрошача – да би могао да добије повраћај суме из плаћене одштете по поступку удружења потрошача. Мишљења смо да би зато било препоручљиво регулисати да у случајевима тужби појединачних потрошача када се води или је завршен поступак од стране удружења потрошача, туженик – прекршилац нема право слободног располагања у виду признања захтева тужиоца већ да суд требало да у пуној мери примени своја права у смислу чланова 340, 3, 7, 9 и 230 ЗПП.

Мишљења смо да за разлику од потенцијалног увођења колективних тужби по моделу *class actions*, имплементација оваквог модела не би захтевала превише радикалне мере, у праву заштите потрошача и праву конкуренције. Стога остаје позив законодавцу да озбиљно размотри увођење оваквог модела и његово што скорије усвајање, уз даља побољшања до којих би се дошло у јавној расправи.

2. Привредни субјекти

Као оштећена лица у случају повреде правила конкуренције могу се често јавити и привредни субјекти. То је нпр. случај када се произвођачи одређеног производа или репроматеријала договоре о одређивању цене и тиме оштете привредне субјекте који су даље у производном ланцу. Реална је могућност да тада оштећени привредни субјекти то повишење цене пребаце на крајње потрошаче или можда даље низ ланац производње (познати *pass-on* проблем у праву и економији конкуренције).²⁵ Ово са своје стране опет може имати последице на утврђивање каузалног односа и у којој мери је радња прекршиоца заправо изазвала штету одређеном субјекту. За даље разматрање сматраћемо да то није случај, већ да су већ први субјекти у ланцу „апсорбовали“ наведено договорено повећање цене и у потпуности сами претрпели штету. Требало би на овом месту напоменути да у случају када су ови субјекти приморани да подигну сопствене цене, отвара се могућност тражења надокнаде штете због изгубљене добити која би настала због губитка клијентеле проузрокованог тим порастом цена.

Одмах би требало истаћи да су у односу на положај потрошача привредни субјекти у значајно бољем положају и то у оба кључна сегмента – износ штета и могућност доказивања штете. Сасвим је извесно да када су у питању претрпљене штете износи о којима се ради неупореди-во већи него у случају потрошача – што прогресивно повећава економ-

25 Видети, на пример, Theon Van Dijk, Frank Verboven, „Cartel Damages Claims and the Passing-On Defence“, CEPR Discussion Paper No.DP6329, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1136655>, 10.4.2012.

ску оправданост вођења спора, а тиме и заинтересованост привредног субјекта који је штету претрпео. Што се тиче могућности доказивања, не би требало посебно истицати колико је већа вероватноћа да ће привредни субјекти имати доказе о обављеним куповинама (фактуре, отпремнице итд.) у односу на просечног потрошача.

Размотримо шта то конкретно значи са становишта пратећих одштетних тужби. Одговор зависи од тога да ли се у положају оштећеног привредног субјекта нађе веће привредно друштво или пак мало или средње предузеће или предузетник. У случају већих привредних друштава, која уз то располажу сопственом правном службом или имају сасвим довољно средстава да финансирају рад спољних адвоката, одговор је да су у релативно повољној позицији да пратеће одштетне тужбе покрену самостално. Не може се рећи да је то нужно случај и са малим и средњим предузећима и предузетницима. Поред реалне могућности да износ претрпљене штете буде значајно нижи у односу на већа привредна друштва, што сматрамо да снижава могућност самосталног делања, под знаком питања је и финансијска могућност ових субјеката да слично већим привредним друштвима финансирају вођење поступака. Није потребно на овом месту елаборирати незавидни положај малих и средњих предузећа и предузетника у Србији у општој хроничној неликвидности српске привреде. Ако се нешто са сигурношћу може тврдити, то је да ниједан од ових субјеката није спреман да се упушта у додатне трошкове самосталног парничења ако није апсолутно сигуран у релативно скорни добитак. Успех никада није загарантован, а елемент брзог решења спора такође може изостати у случају, нажалост понекад врло присутне, неефикасности српског правосуђа.

Не би се смело допустити да у ситуацијама где привредни субјекти нису у изгледној позицији да покрену одштетну тужбу изостане било какав вид приватноправне акције против прекршиоца. Мишљења смо да овде пословна удружења могу имати важну улогу, сличну али и нешто другачију у односу на удружења потрошача.²⁶ Улога пословних удружења би могла да буде двострука.

Прво, пословна удружења су у добром положају да информишу и организују своје чланове у погледу пратећих одштетних тужби. Сматрамо да се са правом може очекивати од пословног удружења, као заштитника интереса својих чланова, да активно прати дешавања на пољу примене права конкуренције и своје чланове информише о њиховим потенцијалним правима, уколико сами чланови из неког разлога нису информисани. Пословно удружење може бити добар форум на коме се привреди субјекти могу договорити за покретање колективне тужбе по-

26 Под пословним удружењима подразумевамо пословна удружења у смислу Закона о привредним друштвима, чл. 578–580.

знате српском праву, односно тужбе са већим бројем тужилаца. Ово би требало да омогући ниже трошкове и ефикасније решење спора. Поред ситуације у којој би се за тужбу анимирала већа привредна друштва, оваква улога пословних удружења може бити од користи и када су у питању мањи привредни субјекти. Сматрамо да остваривање овакве улоге пословних удружења не захтева промену постојеће правне регулативе, већ искључиво *свесити пословних удружења о ишћањима њихова конкуренције* и улоге коју могу имати у заштити интереса својих чланова на овај начин.

Друго, мишљења смо да постоји и потреба за тим да и пословним удружењима буде омогућено да покрећу пратеће одштетне тужбе у име својих чланова. Пре излагања детаља могућих модела, требало би истаћи и који је основни разлог за то. Разлог је тај што и поред информисања и евентуалног покушаја организовања колективне тужбе постоји реална могућност да чланови пословног удружења не искажу интерес за тако нешто. Један узрок тога може бити недостатак спремности да се одређена финансијска средства уложе у поступак и поред предности које колективне тужбе нуде. Други реалан узрок може бити страх од тога да покретање тужбе може изазвати реакцију туженика у виду престанка даље сарадње. На малом тржишту као што је српско, то често може довести у питање и даљи рад привредног субјекта.

У оваквим случајевима пословно удружење може бити бољи избор за покретача поступка. Поред избегавања ситуације да услед непокретања поступка прекршилац остане у потпуности некажњен са приватноправног аспекта, предност је и та што се чини извеснијим да покретање поступка од стране пословног удружења смањује могућност освете туженика. У поређењу са изолованим тужиоцима, прекид сарадње са свим члановима једног пословног удружења делује као потез који би могао једнако ако не и више штетити интересима туженика а самим тим се чини као далеко мање вероватна опција.

Што се тиче предлога самог модела по коме би пословна удружења могла тужити у име својих чланова чини се да је оправдано и овде правити разлику између великих привредних друштава и МСП и предузетника. Мишљења смо да је у погледу овакве заштите у великој мери могуће изједначити положај МСП и предузетника са положајем потрошача. Неке иницијативе на европском плану, попут Предлога Регулative о заједничком европском праву продаје где је ово изједначење такође у великој мери извршено,²⁷ показују да је овај тренд изједначавања и упоредноправно виђен као оправдан. Доста питања је остало отворено. Док се у случају предузетника може са сигурношћу рећи да им је положај

27 Видети саопштење Европске комисије на: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/news/20111011_en.htm, 10.4.2012.

врло близак положају потрошача, могле би се поставити питање да ли је то баш и случај са свим МСП, а посебно са средњим предузећима на горњој граници критеријума ове дефиниције какав постоји у праву Србије.²⁸ Не би стога било неоправдано размислити о увођењу посебне дефиниције МСП за потребе оваквих поступака која би боље приказивала реалност свакодневног пословања.

С обзиром на предложено изједначавање положаја логично се намеће да би и заштита путем пословних удружења ишла, *mutatis mutandis*, по истом моделу. Оно што се може поуздано претпоставити као предност је да функција компензације и превенције може бити остварена у далеко већој мери код предузетника и МСП у фази јавног позива после исплате одштете од стране прекршиоца. За разлику од удружења потрошача, која увек заступају једну хомогену скупину, то не мора бити случај са пословним удружењима у чијем чланству би евентуално били измешани предузетници, МСП и велика привредна друштва. С обзиром на ово, мишљења смо да је други модел вођења приватноправних тужби од стране пословних удружења који ћемо сада изложити добра допуна првом.

Ако се прихвати да привредне субјекте који пређу одређене прагове величине не би требало штитити на исти начин као потрошаче и мање привредне субјекте односно предузетнике, као резултат настаје ситуација у којој ти субјекти сами остварују своја права према члану 73 ЗЗК. Иако би то, као што смо већ навели, могло да се деси у погледу одређених привредних субјеката, није никако на одмет законски регулисати и могућност да у име и ових субјеката иступа пословно удружење. Наравно, модел би изгледао другачије:

- пословном удружењу би се омогућило да буде пуномоћник својих чланова али уз њихов пристанак;
- поступак доказивања би ишао редовним током, тј. пословно удружење би доказивало претрпљену штету привредних субјеката у чије име и за чији рачун наступа;
- не би било никаквог посебног начина расподеле добијене одштете – она би се прослеђивала привредним субјектима којима и припада на основу претрпљене штете.

Овакав модел не би захтевао неке радикалније промене прописа. Можда није тако иновативан као претходно описани али свакако би имао и својих предности. Пословно удружење би било у прилици да буде погодан форум за договор око колективних акција али и да

28 Закон о рачуноводству и ревизији, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006 и 111/2009, чл. 7.

само покрене тужбу, уз пристанак својих чланова, што се може показати као делотворнији начин поступања. Иступање под окриљем пословног удружења може деловати подстицајније на привредне субјекте и смањити страх и/или од могуће освете туженика. Примена оваквог модела би омогућила да пословно удружење може једном тужбом, у једном поступку заштити интересе својих чланова – иако су различитог статуса у погледу величине. Заштита различитих субјеката би ишла по различитим моделима, али би пословно удружење било у могућности да свеједно покрене и води поступак чиме се постиже већа ефикасност и мањи трошкови.

Оправдано је стога закључити да пословна удружења могу имати великог удела у томе да члан 73 ЗЗК заживи у пракси. Поред позива законодавцу да размотри евентуалне измене у предложеном смислу, требало би упутити и позив пословним удружењима да у оквиру већ постојећих прописа и сопствених активности обратe пажњу да и у области права конкуренције помогну остваривање права својих чланова.

IV Закључак

Приватноправно спровођење права конкуренције у виду пратећих одштетних тужби важан је елемент заокруженог система права конкуренције у једној земљи. И поред снажне подршке која је на европском плану дата развоју овог аспекта права конкуренције, чини се да је и са становишта законских прописа и са становишта праксе у Србији учињено мало.

Искорак учињен уношењем члана 73 ЗЗК у српско законодавство се са једне стране може оценити као користан, а са друге као недовољан сам по себи. Покретање пратећих одштетних тужби које су предвиђене овим чланом би било дозвољено и могуће и према општим правилима српског облигационог права о вануговорној накнади штете. И поред тога, изричита потврда могућности покретања ових тужби у члану закона уз одређена појашњења садржана у њему је значајна и корисна у систему права конкуренције. У Србији овај процес је у раној фази развоја и карактерише га неискуство свих актера – од оштећених па све до судија. Мишљења смо и да постојање оваквог члана има превентивну и одређену пропагандно-информативну функцију у смислу обавештавања и подстицања лица оштећених повредом правила конкуренције да остваре своје право на накнаду штете.

У пракси ипак није дошло до значајнијих помака. Остаје отворено питање да ли КЗК предузимала довољно у откривању и кажњавању повреда конкуренције које би биле погодне за примену члана 73 ЗЗК, што

посебно истраживање. Мишљења смо да и недовољно разрађене одредбе у погледу покретања поступака када су оштећени потрошачи и привредни субјекти сада и надаље могу утицати на интензитет покретања поступака преама члану 73 ЗЗК. У циљу исправљања ових мањкавости могу се предложити одређене реформе у српском законодавству.

Увођење могућности да у име потрошача, који су врло често немотивисани да покрену поступак или у немогућности да претрпљену штету докажу, поступак воде удружења потрошача представља логичан одговор на проблеме и праћење упоредноправних решења. У том правцу су корисни и поједностављивање одредби о доказивању штете у оваквим ситуацијама, као и посебан и транспарентан начин расподеле и коришћења добијене одштете. Ради оптималног коришћења могућности које би биле пружене удружењима потрошача у овој области – потребно је побољшање деловања удружења у пракси и њихових капацитета и могућности да активно и самостално делају у циљу заштите интереса потрошача.

У циљу свеобухватног регулисања, у складу са реалностима свакодневног пословања, оправдано је створити и могућност да пословна удружења на сличан начин заштите интересе својих чланова. Овде је нужно правити разлику између модела заштите која би се пружала МСП и предузетницима (модел као код потрошача) и модела у случају већих привредних субјеката. У сваком случају, увођење пословних удружења у материју приватноправног спровођења права конкуренције је циљ коме би требало тежити и независно од ових предложених модела.

Законодавац у Србији засигурно јесте спреман да настави са развојем права конкуренције у Србији. То се у пракси не би смело свести на некритичко и пуко преписивање правних тековина Европске уније, да би се испунила форма – а посебно не ради стварања утиска да се нешто заиста ради на реформама. Потребна је промишљеност и схватање да је за постизање најбољег резултата нужно видети да ли и како је могуће реформисати и области које граниче са правом конкуренције. Скица решења и модела предложена у овом раду требало би да могу да допринесу томе у области примене члана 73 ЗЗК. Усвајање ових или сличних модела било би значајно за ширење свести о праву конкуренције у привреди и код потрошача. Све то доприноси даљем развоју културе конкуренције, што би свакако требало да буде дугорочни циљ Србије у правном и економском смислу.

Velimir ŽIVKOVIĆ, LL.M, MJur (Oxford)
PhD Candidate, Faculty of Law University of Belgrade

MODELS FOR STRENGTHENING THE ROLE OF CONSUMER ASSOCIATIONS AND BUSINESS ASSOCIATIONS IN DAMAGES ACTIONS FOR THE BREACH OF COMPETITION RULES

Summary

Private enforcement of competition law through damages actions by the persons who suffered them represents an important aspect of the whole regime of competition law. In Serbian law, Article 73 of the Law on the protection of competition is dedicated to this matter which is both useful and insufficient for complete and thorough regulation.

In the context of general efforts in Europe to strengthen this form of competition law enforcement, this article puts forward ideas for the improvement of legal framework in Serbia regarding the strengthening of the role of consumer and business associations. These associations should be allowed to initiate damages actions for the damages suffered by the consumers and business association members, especially in situations where these are faced with large obstacles for initiating the actions themselves. To achieve this, the article presents a sketch of models which could be applied.

Key words: *competition law, damages compensation, consumer associations, business associations.*