

прегледни рад
достављен: 04.04.2023.
прихваћен за објављивање: 05.05.2023.
УДК 346.545

Др Никола ИЛИЋ*
Др Бојан РИСТИЋ**

КОЛЕКТИВНА ТУЖБА КАО ИНСТРУМЕНТ ПОЛИТИКЕ ЗАШТИТЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ***

Апстракт

Уколико дође до повреде права конкуренције, која за последицу има увећање цена, потрошачи у појединим правним системима могу да поднесу колективну тужбу и захтевају накнаду проузроковане штете. У раду се разматрају улога и значај колективне тужбе у политици заштите конкуренције, као и могућности за употребу те тужбе у Сједињеним Америчким Државама (САД), Европској Унији (ЕУ) и у Србији. Закључак је, између осталог, да колективна тужба може да буде значајан инструмент политике заштите конкуренције односно да може додатно да дисциплинује учеснике на тржишту и унапреди конкуренцију. Тренутно је потенцијал тог инструмента у великој мери остварен у САД и делимично у ЕУ. Након одлуке Уставног суда из 2013. године, у Србији нема правног основа за подношење колективне тужбе. Међутим, у контексту европских интеграција, може се очекивати да ће тај институт бити (поново) уведен у домаћи правни систем. Тада би свакако требало имати у виду значај колективне тужбе као инструмента политике заштите конкуренције.

Кључне речи: колективна тужба, право конкуренције, заштита конкуренције, заштита потрошача, накнада штете.

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Београду, nikola.ilic@ius.bg.ac.rs, ORCID ID 0000-0002-3728-3169.

** Ванредни професор, Економски факултет Универзитета у Београду, bojan.ristic@ekof.bg.ac.rs, ORCID ID 0000-0002-9883-8914.

*** Чланак је настао као резултат рада на пројекту Института за правне и друштвене науке Правног факултета Универзитета у Београду "Савремени проблеми правног система Србије". Захваљујемо на коментарима и корисним сугестијама Борису Беговићу и Стефану Савићу. Одговорност за евентуалне преостале грешке и вредносне судове који су изнети у раду носе искључиво аутори.

1. УВОД

Колективна тужба је механизам који омогућава колективну заштиту индивидуалних интереса (Ristić *et al.*, 2021, 32). Тај механизам је развијен у оквиру права САД, након чега је реципиран у бројним европским правним системима (Hears & Jackson, 2007, 137-138). Начелно посматрано, институт колективне тужбе може да се примени увек када постоји већи број истоврсних спорова, како би се увећала ефикасност правосудног система, обезбедила уједначена судска пракса и омогућио приступ правди за релативно велики број појединаца (Visscher & Faure, 2021, 458-459; Protić & Grga, 2022, 5).

Предности колективне тужбе у односу на индивидуалну парницу посебно долазе до изражаја у оквиру права конкуренције (Bovis & Clarke, 2015; Petrucci, 2016, 254). Наиме, у случају када учесник на тржишту повреди одредбе права конкуренције, он, по правилу, узрокује значајну штету. Та штета се углавном преваљује на велики број појединачних потрошача (најчешће у виду увећаних цена), при чему је износ штете коју трпи појединачни потрошач релативно мали. У том случају, потрошач нема подстицај да индивидуално покрене поступак за накнаду штете а учесник на тржишту који је проузроковао штету нема адекватан подстицај да промени своје понашање. У том смислу, *ceteris paribus*, колективна тужба може да омогући ефикасну заштиту потрошача, при чему истовремено дисциплинује учеснике на релевантном тржишту, то јест унапређује конкуренцију.

Основни циљ рада је да одговори на питање да ли се помоћу колективне тужбе, као инструмента политике заштите конкуренције, може унапредити конкуренција на домаћем тржишту? Имајући у виду постављени циљ рада, други део рада разматра основне циљеве политике заштите конкуренције и улогу коју колективна тужба (може да) има у оквиру права конкуренције. Трећи део рада разматра могућности за употребу колективне тужбе у упоредном праву, односно у праву конкуренције САД и ЕУ, да би четврти део детаљније размотрио колективну тужбу у домаћем правном систему *de lege lata* и *de lege ferenda*. Закључна разматрања следе у петом делу рада.

2. ПОЛИТИКА ЗАШТИТЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Шта политика заштите конкуренције, односно антимонополска политика, како се у домаћем амбијенту неретко назива, штити? Чињеница је да када се политика заштите конкуренције успешно спроводи, то доводи до веће економске ефикасности, нижих цена, већег квалитета производа, те већег избора за потрошаче. На том путу се ова политика мора изборити са незаобилазним и штетним рестриктивним споразумима, али и злоупотребама доминантног положаја. Све то са логичном идејом да се очува конкурентски притисак, који је производ интензивне конкуренције, а коју често учесници на тржишту настоје да избегну. Међутим, конкурентски притисак није сам по

себи циљ конкурентског процеса, већ економске ефикасности до којих доводи, без којих максимизовање друштвеног благостања на релевантним тржиштима не би било изводљиво.

Економске ефикасности од интереса за политику заштите конкуренције могу бити алокативне, производне, динамичке и селекционе природе.¹ Са једне стране, пошто се заснивају на Паретовом критеријуму ефикасности, алокативне ефикасности се остварују приближавањем цене производа његовом граничном трошку, док производне ефикасности подразумевају снижавање просечног трошка. С друге стране, постизање динамичких ефикасности подразумева предузимање иновативних напора од стране учесника тржишне утакмице. Иновације, саме по себи имају потенцијал да унапреде производне ефикасности динамички посматрано, али и да створе додатни потрошачев вишак који без иновација, па тиме без новог производа, не би постојао. Треба очекивати да појава новог и иновативног производа повећава спремност за плаћање код купаца, односно код потрошача. Потрошачи су увек више спремни да плате за нов и иновативан производ, него за његовог претходника. Последица свих побројаних ефикасности које политика заштите конкуренције настоји да очува и унапреди је селекциона ефикасност, која обезбеђује да на тржишту опстану и ангажују ограничене ресурсе само учесници који успешно подносе конкурентски притисак. Из тог разлога се ова последња у низу ефикасности, која је делимично изведена из претходе три, неретко означава и као "дарвинијански аргумент" за спровођење права конкуренције.

Рестриктивним споразумима, а нарочито ако су картелског типа, али и разним злоупотребама доминантног положаја, учесници на тржишту настоје да избегну конкурентски притисак, док политика заштите конкуренције настоји да то спречи, следећи свој јасно дефинисан циљ.

2.1. Циљ политике заштите конкуренције

Кроз историју модерне политике заштите конкуренције многи циљеви су се додељивали тој идеји. Неки од њих би вредело поменути, као што су борбе против инфлације, незапослености или сиромаштва, те заштита малих и нејаких учесника на тржишту.² Међутим, имајући у виду ланчану реакцију коју покреће конкуренција (од конкурентског притиска, до максимизовања благостања), искристалисало се то да се за циљ заштите конкуренције у већини респектабилних јурисдикција узима "максимизовање потрошачевог вишка у динамичком контексту" (Bishop & Walker, 2002,

¹ Више о ефикасностима од значаја за право конкуренције видети Беговић *et al.*, (2019, 14-16).

² О алтернативним циљевима политике заштите конкуренције који су се спорадично појављивали кроз историју спровођења те политике у најразвијенијим јурисдикцијама видети Motta (2004, 17-26).

26; Black 2005, 33).³ Шта то конкретно подразумева, имајући у виду да максимизовање благостања узима у обзир како потрошачев тако и произвођачев вишак? Наиме, креирање благостања потрошача у динамичком контексту примарно зависи од иновација, које се финансирају из вишкова на страни понуде. Чињеница је да би искључиво инсистирање на потрошачевом вишку у статичком контексту у потпуности занемаривало профите учесника на тржишту, што не би доприносило драгоценим динамичким ефикасностима. Према томе, убацивањем динамике у циљ политике заштите конкуренције, у чијем се средишту налази потрошач неког производа, нипошто не занемарује ни његовог произвођача, односно продаваца. Испоставља се да максимизација благостања, с једне стране, и потрошачевог вишка у динамици, с друге, не мора бити фундаментално различито настојање, како се на прави поглед може учинити.

У складу са претходном дискусијом је и питање које следи. Наиме, како се право конкуренције одређује према циљу заштите конкуренције, то јест како је циљ заштите конкуренције уграђен у прописе који га дефинишу? Према правилу, када се постави циљ заштите конкуренције он постаје темељ за законску једначину, на основу које се вагају аргументи *за* и *против* одређене активности учесника на тржишту, а која угрожава услове конкуренције, у настојању да умањи конкурентски притисак са којим се учесници на тржишту суочавају. Дакле, не морају сви подухвати нарушавања конкуренције на тржишту бити забрањени правом конкуренције, већ само они који су у нескладу са циљем права конкуренције, то јест они који угрожавају потрошачев вишак, али "динамички посматрано".

Свакако, треба очекивати да је циљ заштите конкуренције садржан у прописима који уређују ову област права. Тако, на пример, Закон о заштити конкуренције ("Сл. гласник РС", бр. 51/2009 и 95/2013) у члану 1 наводи да се заштита конкуренције спроводи:

"...у циљу економског напретка и добробити друштва, а нарочито користи потрошача".

Претходна законска реченица захтева економску анализу.⁴ Наиме, посматрано из економског угла, могло би се тврдити да је синтагмом "економски напредак" обухваћена динамика у смислу иновативних напора, док се "добробит друштва" односи на укупно благостање на релевантном тржишту. Најзад, "користи потрошача" засноване су на нивоу њиховог благостања са релевантног тржишта, док се за реч "нарочито" може рећи да има посебно значење у овом контексту. Ова реч указује да

³ Многи аутори, међу којима се посебно истичу Khan (2017, 737-739) и Delvin (2021, 250-269), предлажу радикалне измене права конкуренције, укључујући и измену критеријума друштвеног благостања односно благостања потрошача (енгл. *consumer welfare*). Међутим, тренутно ниједно од предложених решења не нуди одговарајућу замену за постојећи критеријум (Илић, 2022, 629).

⁴ Приказано на основу Ristić & Trifunović (2022, 38).

унапређење користи за потрошаче представља довољан, али не и потребан услов за испуњење циља политике заштите конкуренције. Сходно томе, ако се утврди да одређене антиконкурентске активности делују у корист потрошачевог вишка, оне могу бити у складу са циљем Закона. Међутим, ако то не би био случај такве активности не би биле предмет безусловне забране, већ би се оцењивале на основу резултанте трошкова и користи које изазивају на плану "добробити друштва" то јест укупног благостања. То што домаће право конкуренције барем декларативно нагиње ка потрошачевом вишку, што је случај и са сличним прописима многих других јурисдикција на европском простору, не значи да је благостање на страни понуде занемарено. Напротив, пракса спровођења права конкуренције, по правилу уважава аргумент да је профит учесника на тржишту основни мотив али и основно "покретачко гориво" за иновације, а које за потрошаче имају посебан значај. Ипак, несумњиво је то да када иновације изостану, као у случају картелских споразума, било који профити на страни понуде не могу оправдати губитак конкурентског притиска. Због тога су такви споразуми нарочито озлоглашени у праву конкуренције и ништави већ по свом предмету.

Непосредна последица картелског понашања је подизање цене или обарање квалитета производа који је предмет оваквог рестриктивног споразума, па су "користи потрошача" угрожене како у статичком тако и у динамичком контексту, што може представљати основ за колективну тужбу жртава таквих споразума – купаца/потрошача. Колективна тужба би могла да представља додатни алат на плану борбе против картела, те је стога неопходно детаљније размотрити њену улогу.

2.2. Улога колективне тужбе у праву конкуренције

Према логици учесника на тржишту који ступају у картелске споразуме, настанак картела подразумева да је очекивана корист од картелског понашања већа од очекиване казне. Реч је о типичној анализи трошкова и користи од закључивања рестриктивног споразума, коју би рационални (потенцијални) учесници картела предузели пре спровођења своје намере. Опште узев, претња колективне тужбе би повећала очекивану казну од картелског понашања, па би самим тим, начелно посматрано, имала и изражен *ефекат одвраћања* у овом сегменту права конкуренције (Hylton, 2018; Visscher & Faure, 2021, 459).

Чињеница је да би механизам колективне тужбе дао могућност многим жртвама картелског понашања да поднесу тужбу против картела, што у стварности без овог инструмента не би било изводљиво. Осетан ризик да буду оптерећени групном тужбом, која може подразумевати и компензацију и казну, уз обавезно високе правне трошкове

спора, представља важан подстицај за учеснике на тржишту да поштују закон.⁵ Према томе, увођење института колективне тужбе би утицало на смањење вероватноће формирања картела, али и на умањење његове стабилност, за случај да је већ формиран. Последишно, повећање очекиване казне захтевало би компензацију у виду већег дисконтног фактора, како би картел био стабилан.

Заједно са издашним мерама заштите конкуренције (то јест казнама), ефикасношћу откривања картела и деловања покајничког програма, претња колективном тужбом би проширила поље могуће казне за картелско понашање, док би купцима, као непосредним жртвама картелског деловања, дала могућност да остваре компензацију.

Међутим, вреди поставити питање ко све могу бити жртве картела. Без двојбе, купци његовог производа. Ипак, поставља се питање да ли би и непосредни конкуренти чланова картела (за случај да није по среди "савршени картел") могли да припадну групи оштећених, која потражује накнаду за причињену штету. Пракса заштите конкуренције респектабилних јурисдикција, непосредне конкуренте картела углавном не сматра жртвама. Свакако, један од основних аргумента за овај став, је чињеница да успешан картел формира тзв. "ценовни кишобран", који омогућава "и мање ефикасним ривалима да подигну своје цене, што без постојања картела не би били у стању" (Ristić *et al.* 2021, 153). Ниво картелске цене је граница до које би остали учесници на тржишту, који нису чланови картела, могли да подигну цене својих производа. Штавише, конкуренти картела би спуштањем цене могли да прошире своје тржишно учешће, будући да картел поред подизања цене врши и умањење понуде.⁶ Према томе, треба очекивати да се купци производа картела нађу у улози покретача парнице на основу колективне тужбе, али не и конкуренти учесника картела.

Начелно посматрано, износ захтеване компензације би могао да иде све до износа штете коју је деловање картела проузроковало купцима његових производа. Треба имати у виду да је сврха заштите конкуренције да штити конкурентски процес, али не и да доведе до гашења учесника на тржишту издашним кажњавањем. Уколико би купци, били уједно и крајњи потрошачи, максимални износ штете коју је картел проузроковао, добио би се на основу разлике у цени коју је проузроковао картел и количине коју су потрошачи купили. Формално, $\Delta p \times q$, где p представља цену производа, а q купљену количину. При томе, разлика у цени се добија као $\Delta p = p_1 - p_0$, где p_1 представља цену

⁵ Комбинација износа накнаде штете, казне, као и трошкова поступка, може да доведе и до појаве такозваног (Hylton, 2018, 3; Kwak, 2014) прекомерног одвраћања (енгл. *excessive deterrence, over-deterrence*). Међутим, имајући у виду специфичности штете узроковане повредом конкуренције (она је најчешће дисперзована на велики број потрошача, тешко је доказива и најчешће се ради о релативно малим појединачним износима), сматрамо да је ризик прекомерног одвраћања вишеструко мањи у односу на ризик недовољног одвраћања, те да је због тога прихватљив са становишта политике заштите конкуренције.

⁶ О феномену "ценовног кишобрана" у случају картела видети у Doose (2013).

коју картел зарачунава својим купцима, док је p_0 цена која би важила на тржишту без картела (најчешће се узима цена из периода пре његовог отпочињања).

Међутим, шта би се догодило у случају где купац на картелисаном тржишту није уједно и потрошач производа, већ да је реч о учеснику на тржишту који користи производ картела као утрошак (инпут) у сопственој производњи? Реч је о реланости многих тржишта (Van Dijk & Verboven, 2008; Verboven & Van Dijk, 2009). Логично је да би и такви купци могли да траже надокнаду штете коју им је картел проузроковао. Свакако, колективна накнада би долазила у обзир ако би низводно тржиште било дисперзовано на велики број малих купаца. Сваки од купаца са низводног тржишта би у том случају имао своју профитну функцију:

$$\pi = (p - c)q,$$

где би са c била означена цена инпута (утрошка) која се плаћа картелу (узводном учеснику ове вертикалне релације), док је p цена коју одређује низводно предузеће својим купцима. Знак Δ се користи да значи мале промене варијабле у односу на стање пре картела, па се испоставља да се промена профита коју картел проузрокује свом непосредном купцу може приказати следећим изразом:

$$\Delta\pi = -q\Delta c + q\Delta p + (p - c)\Delta q.$$

Први сабирак са десне стране израза ($-q\Delta c$), представља "непосредну штету" коју купац картела подноси услед већих трошкова набавке (енгл. *direct cost effect*, односно *price overcharge*). Речју, то је разлика у јединичним трошковима набавке *са* и *без* постојања картела, помножена количином утрошака која се купује од картела. Први сабирак је стандардно основни аргумент купца за накнаду штете од картела, баш као и случају где је купац картела уједно и финални (крајњи) потрошач.

Други по реду сабирак ($q\Delta p$) представља такозвани "ефекат преношења" (енгл. *pass-on effect*). Наиме, суочен са порастом трошкова услед картелског деловања, купац налази економско оправдање да и сам подигне цену за своје купце, то јест да им пренесе део картелског терета који трпи, и тиме умањи сопствени губитак.

Коначно, трећи по реду сабирак, $(p - c)\Delta q$, представља "ефекат обима производње" (енгл. *output effect*). Приметимо, овај ефекат би изостао само у случају савршене конкуренције на низводном тржишту, где би било да је $p = c$, док би постојао у свим другим тржишним структурама са несавршеном конкуренцијом и представљао посредну штету коју купац трпи од картела.

Према логици, поред непосредне штете, и резултанта друга два ефекта се мора узети у разматрање приликом утврђивања одштетног захтева од стране купаца, како би се избегла пристрасност у одређивању висине штете коју је могуће потраживати. У крајњој линији, како је већ напоменуто, све мере које се предузимају против чланова картела, не служе да угасе њихове пословање, већ да их дисциплинују сходно правилима конкуренције. Приметимо да "ефекат преношења" представља основ одбране картела који је суочен са одштетним захтевом од стране непосредног купаца.

Тај ефекат може значајно да умањи износ штете коју непосредни купац тврди да је претрпео.

Конечно, у ред за одштету се могу сврстати и посредни купци картела, то јест купци непосредних купца. Чињеница је да картел може да утиче, на посредан начин, и на цену коју они плаћају за при својим куповинама. Заправо, поменути "ефекат преношења" се управо на њих односи, то јест представља штету коју трпе због постојања картела. Према томе, утврђени ефекат преношења може да послужи као аргумент одбране картела од директних купаца, али и као аргумент посредних купаца да туже картел.

3. КОЛЕКТИВНА ТУЖБА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Колективна тужба (енгл. *class action, collective redress*)⁷ широко је распрострањена у упоредном праву, посебно у САД, због њеног значајног потенцијала да заштити потрошаче и дисциплинује учеснике на тржишту. Међутим, тај институт може да има више различитих појавних облика, чак и у оквиру истог правног система (Purnhagen 2013, 496-497). Због тога је пожељно детаљније размотрити основне карактеристике колективне тужбе у релевантним правним системима, примарно у оквиру права САД и ЕУ, пре разматрања тог института *de lege lata* и *de lege ferenda* у оквиру домаћег правног система.

3.1. Сједињене Америчке Државе

САД имају дугу традицију колективних тужби које тужиоцима омогућавају накнаду штете у случају када је штета проузрокована повредом конкуренције (Calabresi & Schwartz, 2011, 171-173; Marcus, 2013). Наиме, правни основ за колективну тужбу у САД формално постоји још од 1842. године, када су усвојена Савезна правила о правичности (енгл. *The Federal Equity Rules*).⁸ Та правила су више пута мењана да би их 1938. године у потпуности заменила Савезна правила о парничном поступку (енгл.

⁷ У литератури се оба термина (*class action* и *collective redress*) углавном користе као синоними и одговарају домаћем термину "колективна тужба". Међутим, стриктно посматрано, постоји значајна разлика између та два појма. Термин "*class action*" у потпуности одговара домаћем термину "колективна тужба", док термин "*collective redress*" има шире значење и подразумева више различитих правних института на основу којих појединци колективно остварују своја права, као што је, на пример, институт заштите колективног интереса потрошача у складу са домаћим Законом о заштити потрошача ("Сл. гласник РС", бр. 88/2021).

⁸ Правила је усвојио Врховни суд САД (енгл. *United States Supreme Court*). Та правила су уређивала парнични поступак пред савезним судовима и изричито су предвиђала могућност обједињавања већег броја тужби односно више судских предмета; Видети *The Federal Equity Rule* 48.

Federal Rules of Civil Procedure – FRCP), која уз измене и допуне важе и данас. У основи, FRCP прописују четири кључна услова за подношење колективне тужбе: 1) колектив (класа) је толико бројан да је спајање свих чланова практично, 2) постоје законска или чињенична питања која су заједничка за колектив (класу), 3) тврдње или одбрана представника колектива су типичне за цео колектив (класу), и 4) представници адекватно штите интересе колектива (FRCP, Rule 23 (a)).

Упоредо са формалним изменама и допунама прописа о колективној тужби, судови у САД су додатно допринели обликовању института колективне тужбе у праву конкуренције. Тако је, између осталог, Врховни суд САД у предмету *Illinois Brick Co. v Illinois* (431 US 720 (1977)) успоставио посебна правила у вези са поменутиим ефектом преношења. Наиме, суд је утврдио да оптуженом није дозвољено да се брани позивајући се на ефекат преношења (да је тужилац пренео увећане цене на своје купце) јер на тај ефекат могу утицати бројни фактори који се не односе на повреду права конкуренције, то јест друге тржишне силе. На основу правила да тужени не може да користи ефекат преношења у своју одбрану, Врховни суд је успоставио и прецедент да само директни купци могу да траже накнаду штете услед повреде права конкуренције. Тиме је значајно измењен институт колективне тужбе у праву конкуренције САД и умањена је могућност да тужени одговара за вишеструки износ штете, односно могућност злоупотребе института колективне тужбе.

Међутим, након наведене одлуке Врховног суда, поједине америчке савезне државе су усвојиле законе којима су омогућиле индиректним купцима да поднесу колективну тужбу за повреде закона те државе (Adelstein & Turner, 2021). На основу појединачних закона или на основу судске праксе надлежних судова, индиректним купцима је омогућено да поднесу тужбу у више од тридесет савезних држава, при чему је на тим купцима терет доказивања да је прекомерна цена преваљена на њих и у ком износу.

Без обзира на значајне разлике у условима за примену института колективне тужбе у различитим савезним државама и на савезном нивоу, може се закључити да тај институт има важну улогу у политици заштите конкуренције САД. У том смислу, Rosenberg & Sullivan (2006, 160) истичу (поред предности које су већ поменуте) да колективна тужба омогућава и превазилажење структурних, финансијских и других оперативних ограничења јавних тела која су надлежна за примену права конкуренције.

3.2. Европска унија

У поређењу са САД, институт колективне тужбе у ЕУ је релативно недавно уведен. Наиме, Директива о судским налозима из 2009. године је омогућила представницима да поднесу колективну тужбу, пре свега, у циљу престанка или забране повреде права

(Directive 2009/22/EC, Art. 2; Вујисић & Рапајић, 2022, 753).⁹ Након тога, Европска комисија (ЕК) је у јуну 2013. године усвојила Препоруку о заједничким начелима о колективним захтевима за пропуштање и за накнаду штете у вези са повредама права која су гарантована правом ЕУ (Recommendation 2013/396/EU; Јушка 2018, 68-69). Том препоруком, ЕК је подстакла државе чланице да уведу колективну тужбу у оквиру националних правних система, без посебних препорука у вези са правом конкуренције. Годину дана касније, ЕУ је усвојила и Директиву о правилима којима се уређују поступци за накнаду штете према националном праву за кршење прописа права конкуренције држава чланица и ЕУ (Directive 2014/104/EU). Том директивом су уведене битне новине, као што је потврда да директни и индиректни купци могу да покрену поступак против картела, потврда да су чланови картела солидарно одговорни за штету коју је проузроковао картел [са изузетком члана који користи покајнички програм (енгл. *leniency*)],¹⁰ као и увођење обориве претпоставке да картели узрокују штету. Међутим, та директива није омогућила подношења колективне тужбе на нивоу ЕУ.

Имајући у виду ограничене могућности за подношење колективне тужбе на основу Директиве о судским налозима из 2009. године, ЕУ је 2020. године ту директиву ставила ван снаге и усвојила је Директиву о представничким тужбама за заштиту колективних интереса потрошача (Directive 2020/1828/EU; Gasell, 2021, 1366-68; Мићовић, 2023). Између осталог, нова директива је дефинисала субјекте који могу да буду представници односно подносиоци представничке то јест колективне тужбе. То је "свака организација (удружење) или јавно тело које заступа интересе потрошача и које је држава чланица у складу са овом Директивом одредила квалификованим". Уз то, Директива изричито предвиђа да подносиоци колективне тужбе могу да захтевају престанак или забрану повреде права, као и правну заштиту у виду накнаде штете, поправке и/или снижења цена. Међутим, члан 2 Директиве предвиђа да ће се одредбе о представничким тужбама примењивати само у случају повреда одређених прописа ЕУ, међу којима нису прописи

⁹ Важно је напоменути да се представничка тужба (енгл. "*representative action*") разликује од колективне тужбе у ужем смислу (енгл. "*class action*"), јер представничку могу да поднесу само овлашћени представници, док колективну тужбу може да поднесе било који оштећени у име одређеног колектива. Међутим, у контексту политике заштите конкуренције, та дистинкција није од кључног значаја (претпостављамо да је вероватноћа покретања спора и накнаде штете идентична у оба случаја). У том смислу, представничку тужбу посматрамо као посебну врсту колективне тужбе.

¹⁰ Директива у основи ослобађа одговорности за штету чланове картела који се пријаве за покајнички програм односно чланове картела који пријаве постојање картела надлежним органима. То решење је веома битно јер би у супротном колективна тужба у великој мери поништила институт покајничког програма. Другим речима, чланови картела не би имали подстицај да пријаве картел уколико би знали да том пријавом и сами постају солидарно одговорни за сву штету коју је картел проузроковао.

о заштити конкуренције.¹¹ Тиме је потврђен ранији став из Директиве ЕУ о накнади штете услед повреде конкуренције, да на нивоу ЕУ није могуће поднети колективну тужбу у вези са повредама права конкуренције и накнадом штете која је проузрокована тим повредама.

Као последица регулативе на нивоу ЕУ (имајући у виду поменути Препоруку ЕК из 2013. године и одредбе Директиве о накнади штете услед повреда конкуренције), државе чланице ЕУ су заузеле различите ставове по питању дозвољености колективних тужби на националном нивоу (Kuijpers *et al.* 2017, 47-53). У том смислу, најдаље је отишло Уједињено Краљевство (УК), које више није држава чланица али је све релевантне прописе донело пре изласка из уније. У тој земљи су Законом о конкуренцији (*Competition Act*, 1998) дозвољене колективне тужбе за накнаду штете услед повреде конкуренције, на такозваној приступној (енгл. *opt-in*) и иступној (енгл. *opt-out*) основи (*Competition Act*, section 47B).¹² Додатно, дозвољено је подношење тужбе и потрошачима који нису директни купци (енгл. *indirect claims*), као што је и туженом дозвољено да користи ефекат преношења у своју одбрану. То је недавно потврдио и Врховни суд УК (енгл. *UK Supreme Court*), у предмету *Sainsbury's v. Mastercard*, када је констатовао да позивање на ефекат преношења пребацује тежак терет доказивања на тужиоца, да докаже на који начин и у ком износу је оштећен (*Sainsbury's v Mastercard* [2020] UKSC 24, 216.). При томе, Суд је имао у виду да у случају ефекта преношења није могуће егзактно одредити штету (*Ibid.*, 176) и да би тужени требало да одговара до процењеног износа штете коју је проузроковао на свим нивоима – трговцима на мало и индиректним купцима (енгл. *broad axe approach*).

Слично као УК, велики број држава чланица ЕУ, попут Немачке, Француске, Белгије, Холандије и Португала, имају институт колективне тужбе за накнаду штете

¹¹ Види чл. 2 и анекс I Директиве; Важно је напоменути да обим примене Директиве о колективним тужбама може бити накнадно проширен. То је учињено у септембру 2022. године када је донета Уредба о дигиталном тржишту (Regulation EU 2022/1925 of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)), која је проширила обим примене Директиве о колективним тужбама и омогућила подношење тих тужби на нивоу ЕУ против великих технолошких компанија.

¹² У случају колективне тужбе на приступној основи, потрошачи морају изричито да се изјасне да желе да учествују у поступку. У случају колективне тужбе на иступној основи је обрнуто - представник подноси тужбу у интересу колектива (класе потрошача) и након окончања спора сви који задовољавају дефинисане критеријуме из тужбе имају право на накнаду. Наравно, сваки потрошач има право да иступи или одбије да прими накнаду. На пример, у случају *Merricks v MasterCard* у УК, колективна тужба је поднета на иступној основи тако да сви потрошачи у УК који су имали 16 и више година између 1992. и 2008. године и користили су кредитну или дебитну картицу *MasterCard* у том периоду, имају право на накнаду; Више о предностима и недостацима колективне тужбе на приступној и иступној основи у *Visscher & Faure* (2021, 459-460).

услед повреда права конкуренције на националном нивоу (Batchelor *et al.* 2022, 58-59). Кључне разлике између националних система држава чланица се, између осталог, огледају у приступу који имају према ефекту преношења (да ли само непосредни купци могу да учествују у поступку или и посредни), као и према врсти основе за подношење колективне тужбе (приступна и/или иступна). У том смислу, делује да је већина држава чланица значајно конзервативнија у односу на САД и УК. Оне, по правилу, дозвољавају само колективне тужбе непосредних купаца и то на приступној основи [између осталих, тај приступ су одабрале Француска и Немачка (*Ibid.*, 60-61)]. Основне предности тог приступа су спречавање потенцијалних спекулативних тужби на иступној основи, као и спречавање могућности да тужени одговара за вишеструки износ штете то јест да дође до прекомерног ефекта одвраћања. Међутим, тај конзервативни приступ има и значајне недостатке. Међу њима се посебно издвајају велики административни трошкови и друге препреке за колективно организовање оштећених, што значајно умањује вероватноћу да ће штетник одговорати за проузроковану штету, то јест да ће потрошачи бити адекватно зашטיћени. Уз то, чак и у случају када оштећени потрошачи успеју да се организују и поднесу колективну тужбу на приступној основи, готово је извесно да штетник неће одговорати за пун износ штете јер је мала вероватноћа да ће сви оштећени приступити поступку.

Због бројних недостатака колективних тужби које су доступне само непосредним купцима на приступној основи, поједине државе чланице ЕУ су већ почеле да мењају свој став по питању колективне заштите потрошача у случају повреде права конкуренције. Тако је Белгија 2014. године дозволила одређеним организацијама и Омбудсману за заштиту потрошача да поднесу колективну тужбу, у име потрошача и малих и средњих предузећа. Уз то, надлежни суд има дискреционо овлашћење да омогући подношење колективне тужбе на иступној основи, при чему је активна процесна легитимација у том поступку ограничена на држављане Белгије. Другим речима, у Белгији су дозвољене колективне тужбе директним и индиректним купцима, на иступној основи, али само ако су у питању држављани Белгије. Слично томе, Холандија је 2020. године увела колективну тужбу за директне и индиректне купце који су држављани Холандије. Тужбу је могуће поднети на иступној основи, при чему оштећени купци из других држава могу евентуално да приступе поступку пред судом у Холандији. Изузетно, суд у Холандији може да дозволи и да страни држављани буду активно легитимисани у поступку на основу иступне колективне тужбе. Последњи случај промене курса у вези са условима за подношење колективне тужбе, од приступне ка иступној основи, забележен је у Португалу. Наиме, тамошњи Суд за заштиту конкуренције (енгл. *Competition, Regulation and Supervision Court*) је 2021. године дозволио поравнање о накнади штете која је узрокована повредом конкуренције на иступној основи (Batchelor *et al.* 2022, 62).

На основу свега наведеног, делује да у државама чланицама ЕУ више није спорно да ли је могуће (и да ли треба) увести колективну тужбу за накнаду штете услед повреде

права конкуренције или не. Само је спорно на који начин то учинити, односно да ли би колективна тужба требала да буде доступна директним и индиректним купцима, на приступној или на иступној основи, и под којим условима. У сваком случају, неспорно је то да државе чланице ЕУ препознају значај колективне тужбе као инструмента политике заштите конкуренције, те да тај инструмент све више користе за заштиту потрошача и унапређивање конкуренције.

3. КОЛЕКТИВНА ТУЖБА У ДОМАЋЕМ ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Домаћи правни поредак познаје више различитих средстава за заштиту колективних интереса потрошача (енгл. *collective redress*). Међутим, институт колективне тужбе (енгл. *class action*) за накнаду штете која је настала услед повреде права конкуренције није међу тим средствима (Вујисић & Рапајић, 2022; Protić & Grga, 2022; Мићовић, 2023). Да би се видело због чега је то случај и како би тренутно стање могло да се промени у будућности, потребно је детаљније размотрити колективну тужбу у домаћем правном поретку *de lege lata* и *de lege ferenda*.

4.1. Колективна тужба *de lege lata*

Колективна тужба је први пут уведена у домаћи правни систем Законом о парничном поступку из 2011. године ("Сл. гласник РС", бр. 72/2011). Према одредбама главе XXXVI тог закона, поступак за заштиту колективних права и интереса могу да покрену удружења и друге организације ако је та заштита предвиђена "њиховом регистрованом или прописима одређеном делатношћу" (*Ibid.*, чл. 495). Уз то, закон је прописао да тужилац може да захтева забрану предузимања активности од којих прети повреда колективних права и интереса, уклањање постојеће повреде, утврђивање недопуштености радње, као и објављивање пресуде којом су усвојени поменути тужбени захтеви (*Ibid.*, чл. 495). Када је у питању накнада штете, закон је једино прописао да "физичка и правна лица могу у посебним парницама за накнаду штете да истичу повреду колективних права и интереса која је утврђена правоснажном пресудом [...]" (*Ibid.*, чл. 504). Другим речима, колективна тужба *per se* није омогућавала истицање захтева за накнаду штете, па тако и захтева за накнаду штете која је проузрокована повредама права конкуренције. Додатно, Уставни суд је у мају 2013. године прогласио неуставним законске одредбе о колективној тужби и тиме их ставио ван снаге (Одлука УЗ, бр. 51/2012).

Уставни суд је у наведеној одлуци констатовао да је поступак по колективној тужби "посебан парнични поступак који у домаћем процесном систему до сада није постојао" (*Ibid.*, 9). Као један од кључних аргумената за оглашавање одредаба о колективној тужби неуставним, суд је истакао да Закон није дефинисао појам колективних права и интереса, те да се последично не може утврдити када један грађанскоправни спор може

да буде спор о колективним правима који би се решавао по правилима посебног поступка а када не (*Ibid.*, 14). Имајући у виду да одређеност и прецизност правне норме представљају саставни део владавине права (*Ibid.*, 15),¹³ Уставни суд је спорне законске одредбе (чл. 494-505) прогласио неуставним. Тиме је Србија постала једна од малобројних земаља у Европи која не познаје институт колективне тужбе.

4.2. Колективна тужба *de lege ferenda*

Важно је истаћи да Уставни суд у поменутој пресуди из маја 2013. године није навео ниједан конкретан члан Устава који је повређен одредбама о колективној тужби. Уз то, Суд није тврдио да је колективна тужба *per se* у супротности са Уставним одредбама, већ начин на који је тај правни институт био одређен. Имајући у виду ту чињеницу, као и упоредну праксу у државама чланицама ЕУ, делује да је могуће (поново) увести институт колективне тужбе у домаћи правни поредак. Наравно, тај процес је веома комплексан јер је приликом увођења института колективне тужбе потребно одговорити на бројна материјалноправна и процесноправна питања, имајући у виду бројне специфичности домаћег правног поретка, као и недостатке на које је указао Уставни суд. Међутим, када је у питању колективна тужба као инструмент политике заштите конкуренције, делује да је од кључног значаја питање да ли треба дозволити накнаду штете која је проузрокована повредама права конкуренције на основу колективне тужбе или не. Додатно, потребно је одредити да ли то право имају само директни или и индиректни купци, односно да ли се колективна тужба може поднети само на приступној и/или на иступној основи.

Имајући у виду описани циљ политике заштите конкуренције, као и (могућу) улогу колективне тужбе у праву конкуренције, делује да би домаћи законодавац требао да допусти могућност подношења колективне тужбе за накнаду штете која је проузрокована повредом права конкуренције. Додатно, имајући у виду да ће тај правни институт у Србији још дуго бити у повоју, делује да би колективну тужбу требало дозволити само директним купцима и то на приступној основи. Тиме би се појачао ефекат одвраћања за учеснике на тржишту, што би допринело ефикаснијем остваривању наведених циљева политике заштите конкуренције – како максимизације

¹³ Поред тога, Суд је констатовао и да "[...] из одредаба Закона о парничном поступку произлази да је општи парнични поступак намењен заштити индивидуалних субјективних права, а да је одредбама чл. 494. до 504. Закона уређен поступак у парницама у којима треба на апстрактан начин заштити колективна права и интересе грађана, односно заштитити права и интересе читаве друштвене групе (колективитета, удружења)" (*Ibid.*, 12). Тиме је имплицитно постављено питање да ли би колективну тужбу требало предвидети Законом о парничном поступку или неким другим законима. Више о том питању види у Бабовић (2014, 216).

друштвеног благостања, тако и максимизације потрошачевог вишка у динамичком контексту. Истовремено, такво решење не би генерисало правну несигурност и злоупотребе у виду вишеструких накнада, као што то може да буде случај са колективним тужбама на иступној основи које подносе индиректни купци. Напротив, оно би у одређеној мери могло да надомести пасивност Комисије за заштиту конкуренције приликом примене прописа, до које може да дође услед административних, кадровских и других ограничења. На крају, домаћи законодавац би на тај начин у великој мери хармонизовао домаћу политику заштите конкуренције са политиком и прописима ЕУ, чиме би створио боље услове за унапређивање конкуренције на домаћем тржишту.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Колективна тужба је комплексан правни институт који има значајан потенцијал да увећа ефикасност правосудног система у случају великог броја истоврсних спорова и да заштити потрошаче, који иначе не би имали приступ правди. Предности колективне тужбе за накнаду штете, у односу на индивидуалну тужбу, могу посебно да дођу до изражаја у случају повреде права конкуренције. Наиме, тада се штета коју ствара учесник на тржишту преваљује на велики број индивидуалних купаца, који самостално, по правилу, немају подстицај да захтевају накнаду штете. У том случају, купцима се *de facto* ускраћује приступ правди, док се дисциплиновање учесника на тржишту, односно заштита и унапређивање конкуренције, у потпуности препушта јавном сектору.

Имајући то у виду, може се закључити да је колективна тужба за накнаду штете услед повреде права конкуренције институт који уводи приватну иницијативу у примену права конкуренције. Другим речима, колективна тужба омогућава потрошачима да имају активну улогу у заштити конкуренције и унапређивању услова конкуренције на тржишту.

На основу искустава из упоредног права, могу се сагледати бројне предности и мане колективне тужбе за накнаду штете услед повреда права конкуренције. Највеће предности се огледају у увећању ефикасности правосудног система и система заштите конкуренције, што омогућава непосредну и посредну заштиту потрошача. Непосредна заштита се огледа у бољој заштити имовинских интереса потрошача, у случају када су ти интереси повређени услед повреда конкуренције, док се посредна заштита огледа у мањим ценама и бољем квалитету производа услед ефекта одвраћања (специјалне и генералне превенције). Највећи недостаци колективне тужбе се огледају у могућностима њене злоупотребе односно у могућности да учесници на тржишту морају да плате вишеструки износ проузроковане штете, чиме би ниво одвраћања био виши од оптималног.

Имајући у виду искуства из упоредних правних система, делује да однос предности и недостатака колективне тужбе може да буде различит, у зависности од

начина на који је тај правни институт дефинисан. Пре свега, да ли колективна тужба за накнаду штете услед повреде права конкуренције омогућава активну процесну легитимацију посредним и/или непосредним купцима и да ли се подноси на приступној или иступној основи. Омогућавање посредним купцима да поднесу колективну тужбу на иступној основи максимизује користи од тужбе али истовремено и значајно увећава могућност злоупотребе, због чега тај приступ имају само најразвијенији правни (и економски) системи. Наравно, тај однос трошкова и користи од колективне тужбе може да варира и од конкретног правног система, пре свега од доступних алтернативних начина заштите колективних интереса потрошача. Делује да је то један од кључних разлога због којих Немачка и Француска не дозвољавају подношење тужбе на иступној основи и не омогућавају посредним купцима активну процесну легитимацију.

Због наведених разлога, као и због приступа који је тренутно прихваћен у водећим државама чланицама ЕУ, делује да би Србија свакако требало да уведе институт колективне тужбе за накнаду штете услед повреда права конкуренције. При томе, *ceteris paribus*, делује да је оптимално решење омогућити подношење тужбе искључиво директним купцима и то на приступној основи.

ЛИТЕРАТУРА

Adelstein, D. R. & Turner, E. 2021. US: Settling Class Actions. *Global Competition Review*.

Batchelor, B., Macaulay, B., Hunt S. & Kamp A. 2022. European Union and United Kingdom: A New Dawn for Class Actions. *Global Competition Review - Europe, Middle East and Africa Antitrust Review*, pp. 57-71.

Bishop, S. & Mike, W. 2002. *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement* (Second edition). Mytholmroyd: Thomson, Sweet & Maxwell.

Black, O. 2005. *Conceptual Foundations of Antitrust*. Chambridge: Cambridge University Press.

Bovis, C. H. & Clarke C. M. 2015. Private Enforcement of EU Competition Law. *Liverpool Law Review*, 36(1), pp. 49–71.

Calabresi, G. & Schwartz, S. K. 2011. The Costs of Class Actions: Allocation and Collective Redress in the US Experience. *European Journal of Law and Economics*, 32 (2), pp. 169-183.

Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law.

Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law.

Devlin, A. J. 2021. *Reforming Antitrust*. Cambridge: Cambridge University Press.

Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC.

Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumers' interests.

Doose, A. M. 2013. *Methods for calculating cartel damages: A survey*. Ilmenau Economics Discussion Papers, No. 83.

Gsell, B. 2021. The new European Directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers – a huge, but blurry step forward. *Common Market Law Review*, 58(5), pp. 1365-1400.

Heaps, J. & Jackson, S. 2007. US-style Litigation and the Spread of Class Action. *Law and Financial Markets Review*, 1(2), 135-139.

Hylton K. N. 2018. *Deterrence and Aggregate Litigation*. Law and Economics Research Paper No. 17-45. Boston: Boston University School of Law.

Ilić, N. 2022. Devlin, Alan J. 2021. Reforming Antitrust. Cambridge, the United Kingdom and New York, United States: Cambridge University Press, 330. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 70(2), pp. 625-630.

Juška, Ž. 2018. The Effectiveness of Antitrust Collective Litigation in the European Union: A Study of the Principle of Full Compensation. *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 49(1), pp. 63–93.

Khan, L. 2017. Amazon's Antitrust Paradox. *The Yale Law Journal*, 126 (3), pp. 126-710.

Kuijpers, M., Tuinenga S., Whiteford E. & Paul B. T. 2017. Actions for damages in the Netherlands, the United Kingdom, and Germany. *Journal of European Competition Law & Practice*, 8(1), pp. 47–65.

Kwak J. 2014. Optimal antitrust enforcement: information cost and deterrent effect. *European Journal of Law and Economics*, online publication, DOI. 10.1007/s10657-014-9466-8.

Marcus, D. 2013. The History of the Modern Class Action, Part I: Sturm und Drang, 1953–1980. *Washington University Law Review*, Vol. 90 (3), pp. 587-652.

Motta, M. 2004. *Competition Policy: Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press.

Petrucci, C. 2016. Effective private enforcement of EU competition law: an input and output legitimacy analysis of collective redress. In: Drake, S. & Smith, M., *New Directions in the Effective Enforcement of EU Law and Policy*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

Protić, D. & Grga, K. 2022. *Izveštaj o potrebi rešavanja problema masovnih parnica i mogućnostima uvođenja kolektivne tužbe u pravni poredak Republike Srbije*. Beograd: CEP.

Purnhagen, K. 2013. United we stand, divided we fall? Collective redress in the EU from the perspective of insurance law. *European Review of Private Law*, 21(2), pp. 479–506.

Regulation EU 2022/1925 of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector.

Ristić, B. & Trifunović, D. 2022. *Politika zaštite konkurencije: principi i primena*. Beograd: Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu.

Ristić, B., Popović, D. V. & Begović, B. 2021. *Glosarijum prava konkurencije*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Rosenberg, D., & Sullivan, J. P. 2006. Coordinating Private Class Action and Public Agency Enforcement of Antitrust Law. *Journal of Competition Law & Economics*, 2(2), pp. 159–187.

Van Dijk, T. & Frank, V. 2008. Quantification of Damages. In: *3 Issues in Competition Law and Policy* 2331 (ABA Section of Antitrust Law 2008), Chapter 93.

Verboven, F. & Theon, V. D. 2009. Cartel Damages Claims and the Passing-on Defense. *The Journal of Industrial Economics*, LVII (57), pp. 457-491.

Visscher, L. & Faure, M. 2021. A Law and Economics Perspective on the EU Directive on Representative Actions. *Journal of Consumer Policy*, Vol. 44, No. 3/2021, pp. 455–482.

Бабовић, Б. 2014. Заштита колективних интереса потрошача. *Анали Правног факултета у Београду*, 62(2), стр. 215-228.

Беговић, Б., Владимир П. & Душан В. П. 2019. *Увод у право конкуренције*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Вујисић, Д. & Рапајић, М. 2022. Колективна заштита интереса потрошача (право Европске уније и Србије). *Право и Привреда*, 60(4), стр. 752-781.

Закон о заштити конкуренције, "Сл. гласник РС", бр. 51/2009 и 95/2013.

Законом о заштити потрошача, "Сл. гласник РС", бр. 88/202.

Законом о парничном поступку, "Сл. гласник РС", бр. 72/2011.

Мићовић, А. 2023. Заштита колективног интереса потрошача. *Право и Привреда*, 61(1), стр. 60-82.

Одлука Уставног суда, Одлука ГУз, бр. 51/2012, "Сл. гласник РС", 49/2013.

Nikola ILIĆ, PhD

Assistant Professor, University of Belgrade, Faculty of Law

Bojan RISTIĆ, PhD

Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Economics

CLASS ACTION A COMPETITION POLICY INSTRUMENT

Abstract

If a violation of competition law occurs, resulting in a price increase, consumers in various legal systems can file a class action and demand compensation for the damage caused. The paper discusses the role and importance of class action within the competition policy, likewise the possibilities for its application in the United States of America (USA), the European Union (EU), and Serbia. The conclusion is that class action can be an efficient instrument of competition policy, i.e., it can additionally discipline market participants and increase competition in the market. The potential of this legal instrument has been realized in the USA and partially in the EU. Following the decision of the Serbian Constitutional Court in 2013, there is no legal basis for filing a class action in Serbia. However, in the context of EU integration, it can be expected that this legal institute will be (re)introduced into the Serbian legal system. At that time, one should consider the importance of collective action as an instrument of competition policy.

Key words: class action, competition law, protection of competition, consumer protection, compensation for damages.