

Dr Jelena Vukadinović Marković*
Dr Vladimir R. Vukadinović**

AKTIVNA LEGITIMACIJA I PRIGOVOR PREVALJIVANJA CENE ZBOG POVREDE EU PRAVA KONKURENCIJE

Prolog

Pod kartelnim ili restriktivnim sporazumom, ili kartelom, podrazumeva se tajni sporazum učesnika na tržištu koji na nedozvoljeni način ograničavaju konkurenciju i nanose štetu trgovini i drugim licima. Štetno dejstvo kartela se uglavnom manifestuje kroz neopravdano povećanje cena kartelnog proizvoda ili usluge, što izaziva dalju štetu učesnicima na tržištu. Zbog toga je oštećenim licima dato pravo da pokrenu postupak za naknadu pretrpljene štete. Tuženi, međutim, može u takvim postupcima istaći prigovor da je tužalac kao kupac robe po kartelnoj ceni, štetu nastalu plaćanjem veće cene, prevalio na sledećeg kupca.

U pravu Evropske unije (EU pravo), pitanje prava na naknadu štete je složeno jer se mora posmatrati u sklopu opšteg pitanja postojanja i zaštite subjektivnih prava zbog povrede EU prava i opšteg načela vanugovorne odgovornosti Evropske unije. Pitanje je aktuelizovano donošenjem presuda Suda pravde EU, u predmetima *Karidž, Kone i Otis II*, i primenom Direktive o naknadi štete zbog povrede članova 101. i 102. Ugovora o funkcionisanju EU (UEFE). U radu je pitanje prava na naknadu štete analizirano u materijalno pravnom i u procesno pravnom pogledu.

U materijalno pravnom smislu se, kao sporno, postavlja pitanje da li pravo EU u objektivnom smislu, kao skup pozitivno pravnih propisa¹, ima kapacitet da stvara pojedinačna subjektivna prava, različita od prava koja pojedinci imaju na osnovu unutrašnjeg nacionalnog prava, jer nastaju ili izvire iz nadnacionalnih propisa EU. Postojanje ovih prava i njihovo priznavanje, otvara niz procesnih pitanja u vezi načina i pravnih sredstava

* LLM Saarbrücken, doktor pravnih nauka, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd. jelena_vuk83@yahoo.com

** Doktor pravnih nauka, Fakultet za medicinske nauke Univerziteta u Kragujevcu, vukadinovicv444@gmail.com

¹ Vid. R. Vukadinović i J. Vukadinović Marković, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, (Beograd 2020) 29.

za njihovu primenu, koja se u generalnom smislu svode na dilemu da li i u pravu EU važi maksima *ubi ius ibi remedium*.

Ovim, i drugim, pitanjima prava EU, koja se po sadržini kreću od udžbeničkih izlaganja do polemičkih rasprava² u toku nastavničke i naučne karijere bavio se profesor Vukadinović, nezavisno od promenljivog odnosa društva prema Evropskoj uniji³.

Profesor Vukadinović je pravo EU, kad god je to bilo moguće i uputno, posmatrao u sklopu širih procesa internacionalizacije i evropeizacije ne samo prava, već i načina življenja. Pri tome se zalagao da se internacionalizacijom Medjunarodnog poslovnog prava i evropeizacijom pravnih i drugih pravila ne dovede u pitanje nacionalni identitet ni državljana, ni njihovih država.

Osim što je sa nepresušnim entuzijazmom pisao o pravu EU, učesćem u brojnim skupovima i usavršavanjima u inostranstvu razmenjivao je ideje i na najbolji praktični način primenjivao slobodu kretanja lica i razmene ideje, podstičući mlade istraživače da se u zdravoj konkurenciji i sami okušaju u tome. U grupu na koju je presudno uticao spadaju i kouatori ovih redova.

Ključne reči: EU, pravo konkurencije, šteta, EU subjektivna prava, tužba za naknadu štete, prevaljivanje cene.

1. Značaj pitanja

Pavo konkurencije čini najvitalniji deo prava EU u čijem se poimanju, tumačenju i primeri prelamaju politički, ekonomski i pravni interesi država članica i same Unije. Budući da reguliše ponašanje brojnih učesnika na tržištu, kao i da njihovom povredom nastaju pojedinačne i masovne štete koje mogu pogoditi veliki broj lica, kao praktično se postavlja pitanje mogu li svi oštećeni tražiti naknadu, i ako mogu, u kom postupku i pred kojim sudom ili drugim organom.

U teorijskom smislu, pitanje je značajno jer se odnosi na kapacitet Unije da, kao proklamovana "zajednica zasnovana na poštovanju vladavine prava",⁴ ne samo kreira, već i da delotvorno štiti tako dodeljena subjektivna prava.

² Videti bibliografiju Radovana Vukadinovića u prilogu ovog Zbornika.

³ O opadanju poverenja prema EU najbolje pokazuju ispitivanja javnog mnjenja. Najnovija istraživanja iz 2020. godine pokazuju da bi oko 54% stanovnika glasalo za ulazak Srbije u EU. Izvor: Istraživanje Ministarstva za evropske integracije od 2020. godine, objavljeno na sajtu Ministarstva. <<http://rs.n1info.com/Vesti/a562834/Istrazivanje-Ministarstva-54-odsto-gradjana-bi-glasalo-za-ulazak-u-EU.html>> (25.06.2020).

⁴ Vid. L. Pech, 'The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union' (April 28, 2009). *Jean Monnet Working Paper Series* No. 4/2009, Dostupno na SSRN:

Name, za razliku od klasičnih međunarodnih ugovora kojima se osnivaju međunarodne organizacije, koji obavezuje države članice ili države ugovornice, Ugovor o osnivanju EEZ/EZ/EU obavezuje ne samo države članice, već i njihova pravna i fizička lica, kao pojedince. Priznavanje horizontalnog dejstva Ugovoru o osnivanju EU svakako doprinosi razuđenijim odnosima između pojedinaca, ali podrazumeva postojanje razrađenog i delotvornog mehanizma jednoobraznog tumačenja tako nastalih prava i pravne zaštite. U praktičnom smislu, sa stanovišta interesa pojedinaca pitanje naknade štete je značajno jer od odgovora na njega neposredno zavisi ekonomski položaj ne samo neposrednih učesnika na tržištu, već i širokog broja potrošača i korisnika usluga.⁵

2. EU pravo konkurencije kao izvor i predmet zaštite

U radu se pod EU pravom konkurencije podrazumevaju propisi koje je donela EU, a koji se primenjuju u državama članicama.⁶ Oni su sadržani u nekoliko članova Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU), pre svega, u članovima 101. do 109. i u brojnim izvorima sekundarnog zakonodavstva, pre svega u Uredbi broj 17/1962⁷, koju je zamenila Uredba broj 1/2003⁸, i Uredba o sprovođenju pravila o konkurenciji koja su propisana u članovima 81. i 82. Ugovora o EZ (Uredba o naknadi štete).⁹ U njima se nalaze, pre svega, materijalnopravne odredbe o oblicima dozvoljenog i nedozvoljenog ponašanja učesnika na unutaršnjem tržištu, kao što su restriktivni sporazumi, zloupotreba dominantnog položaja, koncentracije i državna pomoć, ali postoje i implementirajući i procesni propisi¹⁰. Materijalnopravnim propisima je regulisano dozvoljeno i

<<https://ssrn.com/abstract=1463242> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1463242>> (22. 06. 2020)

⁵ Prema nekim procenama u EU godišnje zbog povrede EU prava konkurencije nastane šteta od oko 23 milijarde evra. T. Thiede, *Fine to follow-on? Private anti-trust actions in European law*, (2017) *China-EU Law Journal*, 4, dostupno na <https://www.researchgate.net/publication/313690407_Fine_to_follow-on_Private_anti-trust_actions_in_European_law> (24. 06. 2020).

⁶ R. Vukadinović i J. Vukadinović Marković, (n 1), 289.

⁷ Uredba Saveta broj 17/1962, o sprovođenju članova 81. i 82. UEEZ, SL 13, 21.2.1962., str. 204/62.

⁸ Uredba Saveta (EZ) br. 1/2003, od 16. 12. 2002. o sprovođenju pravila o konkurenciji koja su propisana u članovima 81. i 82. Ugovora o EZ.

⁹ Za ostale izvori vid. internet stranicu Evropske komisije <<https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>> (25.06.2020).

¹⁰ Vid. V. R. Vukadinović, *Naknada štete kao građanskopravna sankcija u pravu konkurencije Evropske unije*, teza, (Novi Sad 2019) 26-32.

nedozvoljeno ponašanje, pre svega, privrednih društava i preduzetnika (preduzeća) na tržištu, kao i država članica. Ovim propisima je zabranjeno postojanje kartela i zloupotreba dominantnog položaja.

Pod "kartelom" se podrazumeva sporazum ili usklađeno delovanje između dva ili više konkurenata koje ima za cilj usklađivanje njihovih konkurentnih postupanja na tržištu ili uticaj na relevantne parametre konkurencije putem praksi kao što je, ali ne ograničujući se samo na njih, dogovaranje ili usklađivanje kupovnih ili prodajnih cena, odnosno drugih trgovinskih uslova, uključujući prava intelektualne svojine, određivanje kvota proizvodnje ili prodaje, deljenja tržišta i kupaca, uključujući manipulisanje postupkom podnošenja ponuda, ograničenja uvoza ili izvoza ili antikonkurentsko delovanja protiv drugih konkurenata.¹¹

Pored njih, u državama članicama se na unutrašnje povrede primenjuju i unutrašnja (nacionalna) pravila o zaštiti konkurencije, koja nisu od značaja za predmet ovog rada. Njihova primena i poštovanje se pretpostavljaju, kao i ostalih propisa koji čine unutrašnje pravo.

Za primenu EU prava uopšte, i posebno EU prava konkurencije, u državama članicama, potrebno je prethodno EU propise priznati kao deo sopstvenog (unutrašnjeg) pravnog poretka i odrediti mehanizam i način primene, kao i pravna sredstva zaštite komunitarnih subjekata čija prava i interesi mogu biti oštećeni neprimenom ili pogrešnom primenom prava EU. Problemi postoje zbog toga što EU ne raspolaže nadležnostima da sama sprovodi svoje pravo, niti raspolaže potrebnim sudskim i izvršnim mehanizmom za to¹². Uostalom, i zbog toga što ne raspolaže svojom policijom i vojskom koja bi, u krajnjem slučaju, garantovala sprovođenje prava i njegovo prinudno izvršenje. U tom smislu se sa razlogom govori kako EU u granicama dodeljenih ili prenetih nadležnosti stvara pravo, dok ga izvršavaju države članice pred svojim upravnim i sudskim organima¹³. Otuda se postavlja pitanje: ko su gospodari Ugovora o osnivanju - Unija

¹¹ Vid. čl. 101. UFEU i čl. 2, st. 1. tač. 14. Direktive o šteti.

¹² Vid. D. Ashton, *Competition Damages in the EU, Law and Practice*, (EE, 2018) marg. br. 1.01. 10.

¹³ B. Starović, 'Pogled na pravo i ostvarivanje prava evropskih zajednica', (1992)8-10 *Pravo, teorija i praksa*. O slabostima ovakvog decentralizovanog i odvojenog načina primene EU prava vid. J. Bridge, 'Procedural Aspects of the Enforcement of European Community Law through the Legal Systems of the Member States', (1984) *European Law Review*, 31-32; D. Curtin, 'The Decentralised Enforcement of Community Law Rights. Judicial Snakes and Ladders', in: *Constitutional Adjudication in European Community and National Law. Essays for the Hon. Mr Justice T. E O'Higgins*, (Dublin, Butterworths) 34.

koja formalno stvara svoje pravo, ili države članice koje obezbeđuju njihovo izvršenje¹⁴.

Kad je reč o priznavanju prava EU kao sastavnog dela unutrašnjeg prava država članica, ovo pitanje je rešeno načelima ili principima direktne primene i direktnog dejstva.

U pogledu odredbi Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU), Sud pravde je relativno rano, još 1974. godine, u presudi donetoj u predmetu *BRT v. SABAM*¹⁵, odredbama članova 101. (osim stava 3) i 102. priznao direktno dejstvo¹⁶. Direktnu primenu i direktno dejstvo su uživale i odredbe Uredbe broj 17. od 1962. godine, a kasnije i Uredba broj 1/2003, po samoj prirodi, kao sekundarni izvori prava.

Priznavanjem direktne primene Sud pravde je praktično pozvao pojedince (ne definišući ih bliže), da se u slučaju povrede EU pravila o zaštiti konkurencije obrate i nacionalnim sudovima, u postupku privatnopravne primene, a ne samo Evropskoj komisiji i nacionalnim regulatornim telima (NRT)¹⁷ u postupku tzv. javnopravne primene. Međutim, Sud pravde je pravo da traže *potpunu* naknadu *svake* štete nastale povredom EU prava konkurencije priznao *svim* oštećenim licima tek u presudi donetoj u predmetu *Karidž protiv Krijan-a* (*Curiage v Crian*)¹⁸.

Nakon toga su, Sud pravde i Evropska komisija, svako u svojoj nadležnosti, dograđivali elemente ovog prava. Tako je Komisija 2005. godine donela tzv. Zeleni papir¹⁹, na osnovu koga je 2008. godine sačinjena Bela knjiga²⁰, a kasnije 2013. godine je sačinila predlog Direktive o šteti, koja je usvojena 2014. godine, pod nazivom: Direktiva 2014/104/EU Evropskog

¹⁴ *Manfred Brunner and Others v. The European Union Treaty* (Cases 2 BvR 2134/92 & 2159/92) Before the Bundesverfassungsgericht (2. Senat) (Federal Constitutional Court, 2nd Chamber) BverfG (Ger), [1994] 1 C.M.L.R. 57.

¹⁵ C-127/72, *Belgische Radio en Televisie and société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v SV SABAM and NV Fonior*, ECLI:EU:C:1974:25

¹⁶ Para. 16. Vid. i presudu u predmetu C-282/95 P, *Guérin automobiles v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1997:159, para. 39.

¹⁷ U vezi prava koja su im dodeljena odredbama članova 85(1) i 86. Ugovora, a koja proizvode direktno dejstvo u odnosima između pojedinaca, Sud je zauzeo stav da se "preduzeća koja smatraju da su pretrpela štetu, kao rezultat restriktivne prakse, mogu obratiti nacionalnim sudovima, posebno Komisiji, koja će odlučiti da li će postupiti po pritužbi."

¹⁸ C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v Courage Ltd and Others*, ECLI:EU:C:2001:465

¹⁹ Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules {SEC(2005) 1732}/* COM/2005/0672 final */

²⁰ White Paper on damages actions for breaches of the EC antitrust rules, Brussels, 2.4.2008 COM(2008) 165 final

parlamenta i Saveta o određenim pravilima kojima se uređuju postupci za naknadu štete prema nacionalnom pravu za povrede odredaba prava konkurencije država članica i Evropske unije²¹. Kao rok za njenu implementaciju određen je kraj 2016. godine. U ovom periodu Sud je doneo nekoliko presuda²², u predmetima *Manfredi*²³ (2006), *Pfleiderer*²⁴ (2011), *Otis I*²⁵ (2012), *Donau*²⁶ (2013), *Kone*²⁷ (2014), a u poslednjih dve godine u predmetima: *Skanska*²⁸, *Cogeco*²⁹ i *Otis II*³⁰, o kojima će u daljem tekstu biti više reči.

2.1. Sticanje i zaštita EU subjektivnih prava

Pod subjektivnim EU pravima se razumeju prava i obaveze koje pojedinci kao državljani država članica (kao komunitarni subjekti) stiču neposredno iz izvora prava EU, pre svega iz Ugovora o osnivanju, EU uredbi i odluka. U slučaju EU prava konkurencije, pojedinci stiču prava neposredno iz odredbi članova 101. i 102. UFEU, Uredbe broj 1/2003 u materijalnom smislu, dok iz odredbi Direktive o šteti stiču pravo da zahtevaju naknadu štete, kao subjektivno procesno pravo. Bez priznanja prava da pokrenu postupak za naknadu štete, pravo iz članova 101. i 102. bi ostalo "golo pravo." U tom smislu EU pravo zavisi od sudova država članica pred kojima se pokreće postupak i ostvaruje ovo pravo.³¹

²¹ Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union Text with EEA relevance

²² Vid. <<https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>> (25.06.2020).

²³ C-295/04, *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni Sp*), C-296/04, *Antonio Cannito v Fondiaria Sai SpA*, C-297/04, *Nicolò Tricarico*, C-298/04, *Pasqualina Murgolo v Assitalia SpA*, ECLI:EU:C:2006:461

²⁴ C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*. ECLI:EU:C:2011:389

²⁵ C-199/11, *Europese Gemeenschap v Otis NV and Others*, ECLI:EU:C:2012:684

²⁶ C-536/11, *Bundswettbewerbshörde v Donau Chemie AG and Others*, ECLI:EU:C:2013:366

²⁷ C-557/12, *Kone AG and Others v ÖBB-Infrastruktur AG*, ECLI:EU:C:2014:1317

²⁸ C-724/17, *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy and Others*, ECLI:EU:C:2019:204

²⁹ C-837/17, *Cogeco Communications Inc v Sport TV Portugal SA and Others* ECLI:EU:C:2019:263

³⁰ C-435/18 *Otis Gesellschaft m.b.H. and Others v Land Oberösterreich and Others*, Otis EU:C:2019:1069.

³¹ D. Ashton, (n 12), marg. br. 1.01, 10.

Međutim, UFEU ne predviđa pravo pojedinaca da traže naknadu štete zbog povrede EU prava konkurencije, već u članu 340(2) konstatuje opštu vanugovornu odgovornost Unije za štetu koju prouzrokuju njeni organi i službenici u vršenju svoje delatnosti, u skladu sa "opštim principima koji su zajednički pravima država članica." Iz ove odredbe Sud pravde će formulirati opšti princip odgovornosti država članica (ne samo Unije) zbog povrede EU prava, a kasnije, u okviru ovog principa će priznati pojedincima pravo da traže naknadu štete i kad su EU pravo povredili pojedinci.

Odgovornost država članica da nadoknadi štetu koja je nastala pojedincima zbog povrede prava EU, Sud pravde je u presudi donetoj u predmetu *Francoovich* lakonski smatrao "inherentnim načelom u sistemu Ugovora."³² Kao dalji osnov za obavezu države članice da plati naknadu takve štete Sud je našao u obavezi lojalnosti (kome je kasnije priznao značaj načela) iz člana 5 UEEZ (čl. 4, tač. 3. UFEU), prema kome su države članice obavezne da preduzmu sve odgovarajuće opšte ili pojedinačne mere kako bi obezbedile ispunjavanje sopstvenih obaveza na osnovu prava Zajednice.³³ Iz načela lojalnosti Sud zaključuje da su "... države članice obavezne da plate naknadu štete izazvanu pojedincima povredom prava Zajednice za koje se mogu smatrati odgovornim."³⁴ Ipak, Sud dalje konstatuje da "iako odgovornost države postoji na osnovu prava Zajednice, uslovi pod kojima ta odgovornost daje pravo na naknadu *zavise od prirode povrede prava Zajednice* koja je dovela do gubitka i štete." (istakli koautori). U ovom slučaju, reč je o povredi EU prava konkurencije kojima je priznato direktno dejstvo (čl. 101. i 102. UFEU), *od strane pojedinaca kao privatnih lica* koja učestvuju na tržištu (privredna društva i preduzetnici) i o šteti i gubicima koji su nastali velikom broju pojedinaca. Ovde nije reč o odgovornosti države članice, već o odgovornosti kartelista koji su učestvovali u zaključivanju i sprovođenju zabranjenog kartelnog sporazuma. U pitanju je posebna vrsta štete, koju ne poznaju prava u svim državama članicama, a još manje je regulisan postupak zaštite, odnosno postupak naknade takve štete.

Činjenica da je Sud pravde u presudi donetoj u predmetu *BRT* priznao postojanje prava na naknadu štete nije bila dovoljna da postupci za naknadu budu zaista i pokrenuti pred nacionalnim sudovima. Pitanje prava oštećenih pojedinaca da pokrenu privatni postupak za naknadu štete pred

³² Para. 35. presude.

³³ Para. 36. presude.

³⁴ Para. 37. presude.

nacionalnim sudom (privatnopravna primena) ponovo je pokrenuto u predmetu *Banks*.³⁵ Opšti pravobranilac *Van Gerven* je u datom mišljenju sugerisao Sudu da odluku i obrazloženje iz predmta *Francoovich* prilagodi kontekstu privatnopravnih odnosa, i da dozvoli pojedincima da pokrenu postupak i podnesu tužbu za naknadu štete u skladu sa materijalnim uslovima koje je odredila Unija, mnogo više nego domaća prava³⁶. Sud je ponovio da osnov za tužbu za naknadu štete leži u poštovanju načela lojalnosti (iz člana 5 UEEZ) i pozvao se na presudu donetu u predmetu *Simental* (*Simmenthal*), u kojoj je zauzeo stav da je svaki nacionalni sud kao organ države članice dužan da u okviru svoje nadležnosti zaštiti prava koja su dodeljena pojedincima od prava EU.³⁷ Na nacionalnim sudovima (odnosno državama članicama) je obaveza da predvide i regulišu način i sredstva zaštite. U odukama koje je doneo u ranijim slučajevima *Rewe*³⁸ i *Comet*³⁹, Sud je obavezao nacionalne sudove da u slučajevima kad ne postoje relevantna pravila Unije, formulišu detaljna pravila za postupak i pravna sredstva, u skladu sa načelima jednakosti (ekvivalencije) i delotvornosti. Osnov ovakve obaveze država članica da obezbede "delotvornu pravnu zaštitu" u tumačenju i primeni Ugovora, tj. prava Unije, može se naći i u odredbama člana 19(1) UEU i (kasnije) u odredbama člana 47. stav 1. Povelje Evropske unije o osnovnim pravima. Presudama donetim u predmetima *Fektortejm* (*Factortame III*) i *Brasri du Pešir* (*Brasserie du Pêcheur*)⁴⁰ Sud pravde je *odgovornost* država članica proširio na *svaku* povredu prava EU, da bi konačno u presudi donetoj u predmetu *Karidž*⁴¹ odgovornost za naknadu štete zbog povrede EU prava (konkurencije) proširio i na pojedince.

³⁵ C-128/92, *J. Banks & Co. v British Coal Corporation*, ECLI:EU:C:1994:130, 1217.

³⁶ Vid. C-128/92 *H.J. Banks & Co. v British Coal Corporation*, ECLI:EU:C:1994:130, 1256.

³⁷ C-106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*. ECLI:EU:C:1978:49 par. 16.

³⁸ C- 33/76 *Rewe* [1976] ECR 1989, para. 5.

³⁹ C- 45/76 *Comet* [1976] ECR 2043, para 12.

⁴⁰ C-46/93 and C-48/93. *Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland and The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others*, ECLI:EU:C:1996:79

⁴¹ Vid. *Watt and Dashwood's European Union Law*, A. Dashwood, M. Dougan, B. Rodger, E. Spaventa and D. Wyatt (eds), (Hart Publishing, 2011) 315.

2.2. Specifičnosti kartelnog sporazuma

Restriktivni sporazumi iz člana 101. UFEU se razlikuju od tradicionalnih ugovora ili sporazuma po načinu nastanka i po pravnom dejstvu. Sporazumi se zaključuju tajno, pri čemu saglasnost volja može biti izražena na vrlo različite načine, kao u slučaju dogovornog ravnjanja ili usaglašenog ponašanja.

U pogledu pravnog dejstva, sporazume karakteriše unutrašnje i spoljno dejstvo. Između strana koje su učestvovala u njegovom zaključivanju sporazum proizvodi relativno dejstvo (*inter partes, privity of contracts*). Restriktivni sporazum, međutim, deluje i u spoljnom svetu prema nepoznatom krugu lica: konkurentima na tržištu, kupcima, dobavljačima, pa čak i njihovim poslovnim partnerima, koji nisu u neposrednom odnosu sa kartelistima. U tom smislu se kartelni sporazum razlikuje od klasičnog ugovora.

Prema sadržini i nameri strana koje učestvuju u njemu, kartelni sporazum predstavlja dogovor da se prema trećim licima (direktnim i indirektnim kupcima i drugim licima) nastupa na unapred pripremljen (jedoobrazan) način, tj. da se sa njima zaključuju ugovori po unapred dogovorenim uslovima, a ne na osnovu pregovora, stanja na tržištu i slobodne volje⁴². U tom smislu se može odrediti i kao dogovor o budućim ugovorima.

Budući da je predmet dogovora zabranjen, jer je usmeren na ostvarivanje nedozvoljenog cilja (nedozvoljena kauza), pravni poredak ga ne priznaje, a ako i nastane, smatra ga ništavim. Zbog toga se osnov odgovornosti kartelista može tražiti ne samo u deliktnoj ili vanugovornoj odgovornosti, već i u ugovornoj odgovornosti.⁴³ Osim toga, dejstvom zabranjenog sporazuma šteta ne nastaje za karteliste kao učesnike sporazuma, kao kod klasičnih ugovora, već trećim licima sa kojima kartelista na osnovu zabranjenog sporazuma zaključuju nove ugovore o prodaji ili vršenju usluga. Tako posmatrano, osnov odgovornosti se nalazi u zaključenom (zabranjenom) sporazumu koji je nastao kao rezultat

⁴² O odnosu prema autonomiji vid. V. Vukadinović, *Kartelni sporazumi i sloboda ugovaranja*, mr rad, (Pravni fakultet Banja Luka 2014).

⁴³ Deliktna odgovornost je prihvaćena u većini država, ne samo u EU. Na primer u: Austriji, Kanadi, Francuskoj, Izraelu, Japanu, Koreji, Norveškoj, Holandiji i Velikoj Britaniji. Međutim, u nekim pravima (Norveška, Holandija) karteli se mogu istaći i kao odbrana ili razlog zbog koga se može kršiti ugovor. Vid. I. K. Gotss and K. S. Schwartz, Preface, (2020) *The Private Competition Enforcement Review*, 13 ed. 2020, vii; D. Ashton, (n 12), 31-34, marg. br. 2.52. do 2.62.

spvođenja ili poštovanja dogovora, a ne u povredi ili nepoštovanju kartelnog sporazuma (kao kod klasičnih ugovora).

3. Pretpostavke odgovornosti za štetu

Sud pravde je opšte pretpostavke za postojanje vanugovorne odgovornosti (Zajednice), naveo u presudi donetoj u predmetu *Litike* (Lüticke).⁴⁴ Pozivajući se na odredbe člana 340(2) UFEU, (tada 215. UEZ) i na opšte principe na koje se tamo upućuje, Sud je naveo tri uslova ili pretpostavke: postojanje štete, postojanje uzročne veze između štete i ponašanja (organa Zajednice) i protivpravno ponašanje. U kasnijoj praksi ove pretpostavke su prihvaćene kao opšte za postojanje svake vrste odgovornosti, pa i individualne.

Postojanje štete. Restriktivni sporazumi nanose štetu brojnim licima koja se generalno mogu označiti kao učesnici na tržištu. To mogu biti strane u kartelnom sporazumu, njihovi konkurenti, kupci i korisnici usluga. U slučaju kupovnih kartela, to su prodavci i dobavljači. U daljem radu će biti reči samo o prodajnim kartelima. Tako nastala šteta se sastoji od direktne ili konkretne štete (potpuno ekonomska novčana šteta) i od "propuštenog dejstva prodaje" (*lost sales effect*).⁴⁵ Novčana šteta se sastoji u novčanom iznosu koji je više plaćen nego kad ne bi postojao kartel. Gubitak koji je označen kao "propušteno dejstvo prodaje" spada u tzv. socijalne gubitke i sastoji se od povećanja cena, smanjenja proizvodnje i stvaranja gubitaka u društvenom blagostanju.⁴⁶ U Direktivi o šteti je prihvaćena oboriva pretpostavka po kojoj samo postojanje nedozvoljenog kartelnog sporazuma izaziva štetu.⁴⁷

Uzročno posledična veza. Ko je ovlašćen da traži naknadu takve štete zavisi od toga ko može da dokaže postojanje uzročno posledične veze između protivpravnog ponašanja i nastale štete. Ovaj elemenat je od posebnog značaja za definisanje kruga lica koja mogu da pokrenu postupak za naknadu štete, tj. kojima je priznato komunitarno pravo na tužbu za naknadu štete. Tu se postavljaju dva pitanja: prema kom pravu se definiše uzročno posledična veza (kauzalitet): da li prema EU pravu ili prema nacionalnim pravima, i koji je "intezitet" te veze ili uslovljenosti potreban. Što se tiče uzročnosti, Sud pravde je pojam uzročnosti prihvatio takav kakav

⁴⁴ 4/69 *Lüttke v Commission* [1971] ECR 325, ECLI:EU:C:1971:40 at paragraph 10

⁴⁵ D. Ashton, (n 12), marg. br. 3.07, p. 42.

⁴⁶ *Ibid.*, marg. br. 3.08.

⁴⁷ Vid. čl. 17(2) Direktive

postoji u nacionalnim pravima⁴⁸, dok je na shvatanje dovoljnog ili potrebnog stepena uzročnosti (ili verovatnoće) uticao kroz određivanje kruga lica kojima je priznao aktivnu legitimaciju za pokretanje postupka za naknadu štete.

Protivpravno ponašanje se sastoji u zaključivanju nedozvoljenog kartelnog sporazuma kome je dejstvo usmereno na ostvarivanje nezakonitog cilja.

Ocenu usklađenosti sporazuma sa relevantnim odredbama prava EU vrši Evropska komisija ili nacionalni sudovi u postupcima koji su označeni kao javnopravna i privatnopravna primena prava konkurencije, vodeći računa o međusobnoj koordinaciji. Ako se postupak pokreće pred nacionalnim sudom, tužbeni zahtev je usmeren na oglašavanje ništavim navodnog zabranjenog sporazuma zbog toga što nije u skladu sa odredbama EU prava konkurencije, pre svega sa odredbama člana 101(1). UFEU. Tek ako se u postupku javnopravne ili privatnopravne primene utvrdi da postoji zabranjen sporazum ili da su njegovi pojedini delovi ništavi, oštećeni kao tužilac može zahtevati naknadu štete, u postupku koji pokreće pred mesno i predmetno nadležnim nacionalnim sudom.

Osnov i vrsta odgovornosti. Sud pravde je posle izvesnog lutanja i različitog tumačenja osnova odgovornosti, u presudi donetoj u predmetu *Karidž* pravni osnov našao u samom pravu EU i njegovom načelu delotvornosti.⁴⁹ Ovakav stav Suda je potvrđen u Direktivi o šteti konstatacijom da su članovi 101. i 102. UFEU "pitanja javnog poretka i da se moraju delotvorno primenjivati širom Unije"⁵⁰. Na taj način je pojam "prava na naknadu" učinio autonomnim od prava država članica.

4. Ko su oštećeni

Restriktivni sporazum nanosi štetu većem broju lica: konkurentima, kupcima i korisnicima usluga. Njihovo dejstvo je, pre svega, usmerno prema neposrednim konkurentima na relevantnom tržištu i u tom pogledu sprečavaju, narušavaju ili onemogućavaju konkurenciju. Tek kao posledica narušene konkurencije, dolazi do veštačkog i neosnovanog podizanja cena, podele tržišta, i drugih uslovljavanja. Cilj kartelista nije da unište kupce ili

⁴⁸ Vid. V. R. Vukadinović, (n 10), 96-101.

⁴⁹ Vid. tač. 25-27. presude. Doduše, opšti pravobranilac van Gerven je još 1992. godine, u mišljenju datom u predmetu *Banks*, smatrao da je "pravo na naknadu zbog štete i gubitka nastale kao rezultat povrede komunitarnih pravila o konkurenciji kojima je priznato direktno dejstvo zasnovano na samom komunitarnom pravnom poretku." Mišljenje, tač. 45.

⁵⁰ Recital 1. Direktive.

korisnike usluga (tražnju), već neposredne konkurente. Tražnju je potrebno održati bar na nivou koji omogućava neophodni promet kroz kupovinu i pružanje usluga. Stoga kartelisti postepeno i u neznatoj (i podnošljivoj) meri pogoršavaju uslove prometa: ne samo povećanjem cena, nego i kroz druge uslove: kredite, kamate, garancije i slično. Njima su "pravi protivnici" neposredni konkurenti koje žele da istisnu sa tržišta, da im otežaju ili da u potpunosti onemoguće poslovanje na datom tržištu.

I među oštećenim kupcima se mogu razlikovati dve grupe: oni koji su od kartelista neposredno kupili robu ili dobili uslugu (direktni kupci) i ostali, koji su od prethodnih kupaca kupili robu ili uslugu (kupčevi kupci ili indirektni kupci). Pod indirektnim kupcima se razumeju fizička i pravna lica koja nisu kupila robu direktno od prekršioca, već od direktnog kupca ili daljeg otkupljivača⁵¹. I kupčevi kupci mogu dalje preprodavati robu novom krugu kupaca. Pošto svi učestvuju u lancu distribucije, postavlja se nekoliko pitanja.

Prvo, da li kupci koji su proizvode kupili direktno od učesnika kartelnog sporazuma (kartelista) po većoj kartelnoj ceni (direktni kupci), mogu protiv učesnika u kartelnom sporazumu da pokrenu postupak za naknadu štete i ako su isti proizvod preprodali daljim kupcima po ceni u koju je ugrađena kartelna cena. Dakle, bez obzira što je više plaćeni iznos cene prenet ili prevaljen na dalje kupce.

Drugo, da li isto pravo imaju i indirektni kupci, koji se u lancu prodaje nalaze ispod direktnih kupaca.

Treće, da li u takvim situacijama učesnici kartela mogu kao svoju odbranu da istaknu prigovor prenete štete.

U suštini, prva dva pitanja se svode na preciziranje kruga tužilaca koji su ovlašćeni ili aktivno legitimisani da pokrenu postupak za naknadu štete. Treće pitanje proizilazi iz prva dva, ali se tiče položaja kartelista: da li kartelisti mogu protiv tužilaca, navodno oštećenih, da istaknu prigovor da je šteta prenet na sledeći krug kupaca bez obzira u kom silaznom krugu se nalazili novi kupci, tj da li imaju pravo na prigovor prevaljivanja. U slučaju oštećenih kupaca, kao prethodno se postavlja i pitanje da li direktni i indirektni kupci mogu naknadu pretrpljene štete tražiti tek nakon što sud ili NRT utvrde da je u pitanju zabranjeni restriktivni sporazum, ili to može da utvrdi i parnični sud u postupku za naknadu štete. Ni jedno od ovih pitanja nije regulisano u propisima EU, već ih je rešavao Sud pravde.

U pogledu lica koja su ovlašćena da pokrenu postupak naknade, Sud pravde je lakonski obavezao države članice da "osiguraju da *svako* fizičko ili

⁵¹ Čl. 2. st. 1. tač. 24. Direktive o šteti.

pravno lice koje je pretrpelo štetu zbog povrede prava konkurencije može da zahteva i da dobije potpunu naknadu za tu štetu.⁵² Da li je šteta zaista nastala, cene nacionalni sudovi. Pri tome, važi pretpostavka da je šteta nastala ako je utvrđeno da postoji zabranjeni kartelni sporazum.

Nacionalni sudovi pred kojima se pokreće postupak za naknadu štete odlučuju o ispunjenosti i ostalih uslova. Praksa nacionalnih sudova se u tom pogledu razlikuje.

U pogledu vrste odgovornosti, već je rečeno da je u većini prava prihvaćena deliktna odgovornost, a samo u manjem broju ugovorna⁵³. Pravo na naknadu štete se crpi iz opšteg načela da je zabranjeno nanošenje štete drugom licu, i iz njega izvedene konkretne obaveze naknade nanete štete (ko drugome nanese štetu dužan je nadoknaditi je). Ovo opšte pravilo se zasniva na načelu pravičnosti. U nekim državama se temelji na zabrani povrede tzv. zaštitnih normi (*Schutznormen*).

U presudi donetoj u slučaju *Karidž*, Sud navodi da bi, puna delotvornost člana 85. Ugovora, a posebno praktično dejstvo zabrane iz člana 85. stav 1, bili ugroženi ako svaki pojedinac ne bi mogao da zahteva naknadu štete koja mu je naneta ugovorom ili ponašanjem podobnim da ograniči ili ugrozi konkurenciju⁵⁴. Time je Sud odgovorio da "*svaki pojedinac*" ima pravo da zahteva naknadu. Ovakav stav Suda je kasnije "kodifikovan" u EU Direktivu 2014/104/EU o određenim pravilima kojima se uređuju postupci za naknadu štete prema nacionalnom pravu za kršenje odredaba prava konkurencije država članica Evropske unije.⁵⁵

5. Značaj presuda donetih u predmetima *Karidž*, *Kone* i *Otis II* za pitanje aktivne legitimacije

U presudi donetoj u predmetu *Karidž*, Sud pravde, između ostalog, navodi da je priznavanjem direktog dejstva odredbama člana 85 (danas 101 UFEU), *svakom pojedincu* dato pravo da može pred nacionalnim sudom da se poziva na kršenje člana 85. stav 1. Ugovora, čak i ako je on sam strana u ugovoru koji je podoban da u smislu te odredbe ograniči ili naruši konkurenciju.⁵⁶ Iz

⁵² Čl. 3. tač. 1. Direktive o šteti.

⁵³ Vid. mišljenje opšteg pravobranioca Jääskinen-a u predmtu C-352/13 *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v Evonik Degussa GmbH, Akzo Nobel NV, Solvay SA, Kemira Oyj, Arkema France SA, FMC Foret SA, Chemoxal SA, Edison SpA*, ECLI:EU:C:2015:335, tač. 37.

⁵⁴ Tač. 26. presude.

⁵⁵ Direktiva o šteti, čl 3(1).

⁵⁶ Vid. tač. 24. presude u predmetu *Karidž*.

navedenog stava se mogu izvući dva zaključka. Prvo, da se *svaki* pojedinac može u materijalnom smislu pozvati na kršenje prava EU, i da mu se u procesnom smislu u nacionalnom pravu mora omogućiti pokretanje postupka i predvideti adekvatno pravno sredstvo. Drugo, na ovo pravo se mogu pozvati čak i *učesnici zabranjenog kartelnog sporazuma*, čime se, bar na prvi pogled, dovodi u pitanje načelo da se na nepravu ne može graditi pravo.

Naime, u slučaju *Karidž*, Apelacioni sud Engleske i Velsa, je Sudu pravde podneo zahtev za odlučivanje o prethodnom pitanju u predmetu sa sledećim činjeničnim stanjem. Tokom 1990. godine pivara Karidž (Courage), koja je raspolagala sa 19% tržišta prodaje piva, i Grand metropolit, koje je je u više društava u oblasti ugostiteljstva i hotelijerstva posedovalo akcije (učešće), su se dogovorili da spoje svoje pivnice (pabove) i da ih prenesu novom društvu (IEL). Kasnije su IEL i Karidž zaključili ugovor po kome su svi IEL-ovi zakupci bili dužni da pivo kupuju isključivo od Karidža. 1991. godine (tuženi) Krijan je sa IEL-om zaključio dva ugovora o zakupu sa obavezom nabavke piva od Karidža. U 1993. godini Karidž je podigao tužbu protiv Krijana zbog duga od 15.266 funti na ime neplaćenih isporuka piva. Tuženi je osporio tužbeni zahtev kao neosnovan navodeći da je u suprotnosti sa članom 85. UEZ, i ulažio je protivtužbu. Prema engleskom pravu, strani koja je zaključila nezakoniti ugovor ne može se dati pravo na naknadu štete koja je nastala iz takvog ugovora, prema pravilu da se na nepravu ne može izgraditi pravo ili *ex turpi causa oritur*.

Svoje mišljenje o ovom pitanju Apelacioni sud je već bio izneo u ranijem slučaju u kome je zauzeo stav da je član 85. st. 1. Ugovora o osnivanju namenjen zaštiti trećih lica, konkurenata ili potrošača, a ne zaštititi strana u zabranjenom ugovoru. U tom smislu Apelacioni sud osnovano smatra ugovorne strane vinovnicima, a ne žrtvama ograničenja konkurencije⁵⁷. Imajući takav stav u vidu, Apelacioni sud je u zahtevu za prethodnim mišljenjem postavio pitanje da li strana u ugovoru koji je podoban da ograniči ili naruši konkurenciju, u smislu člana 86. Ugovora, može da se pred nacionalnim sudom pozove na povredu odredbe radi dobijanja naknade štete od druge ugovorne strane. Posebno, da li strana može da traži naknadu štete za koju tvrdi da je nastala zbog ugovorne klauzule kojom je sama obavezana, a koja je suprotna članu 85, te da li stoga pravo Zajednice isključuje primenu pravila nacionalnog prava koje

⁵⁷ *Ibid.*, tač. 12.

uskraćuje jednom licu pravo da se poziva na svoje nezakonite radnje u zahtevu za naknadu štete.⁵⁸

Sud je u odgovoru na pitanje da li je moguće tražiti naknadu štete koja je nastala zbog ugovora ili postupka koji je podoban da ograniči ili naruši konkurenciju, naveo da nacionalni sudovi u skladu sa ustaljenom sudskom praksom, od samog početka imaju zadatak da primenjuju odredbe prava Zajednice, i da su dužni da u okviru svoje nadležnosti obezbede da te norme imaju puno dejstvo i da zaštite prava koja su tim normama data pojedincima⁵⁹.

Kasnije, u presudi donetoj u predmetu *Kone*⁶⁰, Sud pravde je pravo na zahtev za naknadu štete prvo proširio i na kupce koji *nisu* kupili proizvode od učesnika kartela, već od drugih prodavaca po većoj (zaštićenoj ceni)⁶¹. U pitanju je bio zahtev Austrijske železnice da joj učesnici zabranjenog kartela naknade štetu koju je pretrpela jer je kupila kartelisani proizvod (pokretne stepenice) od drugog prodavca, jer je smatrala da je prodavac pod zaštitom kartelnih cena (*umbrella price*) neopravdano podigao svoje cene. U presudi donetoj u predmetu *Otis II*⁶², Sud je pravo da zahteva naknadu štete priznao i licu koje nije poslovalo kao učesnik na relevantnom kartelnom tržištu. U pitanju je bila tužba savezne države Gornja Austrija protiv jednog od kartelista (*Otis*) zbog toga što je na području na kome nije poslovaio zabranjeni kartel, niti je poslovaio tuženi, odobrila veći iznos kredita pod povoljnim uslovima za podsticaj stanogradnje, nego da nije bilo kartela. U oba slučaja postupci su pokrenuti pred nadležnim austrijskim sudovima koji su u vezi pitanja da li prema austrijskom pravu tužioci imaju pravo da zahtevaju naknadu štete, imali različita mišljenja, pa je od Suda pravde traženo da presudom o prethodnom pitanju praktično reši ovu stvar. U oba slučaja Sud se pozvao na načelo delotvorne primene EU prava konkurencije koje bi bilo ugroženo ako nacionalno pravo ne bi svakom licu dozvolilo pravo da zahteva naknadu štete.⁶³

⁵⁸ *Ibid.*, tač. 17.

⁵⁹ Tač. 25. presude u kojoj Sud upućuje na presude donete u predmetima C-106/77 *Simmenthal*, tač. 16 i C-213/89 *Factortame*, tač. 19.

⁶⁰ C-557/12, *Kone i dr.* EU:C:2014:1317

⁶¹ Vid. komentar u R. Vukadinović, 'Pravo na naknadu štete nastale zbog tzv. zaštićenih kartelnih cena: slučaj "Kone i ostali"', (2014) 12 *Pravni život* 301.

⁶² C-435/18, *Otis GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, Kone AG, ThyssenKrupp Aufzüge GmbH v Land Oberösterreich i dr.*, ECLI:EU:C:2019:1069

⁶³ Vid. tač. 23-26. presude u predmetu *Otis II*, i tamo navedenu sudsku praksu.

Čini se da je u navedenim presudama Sud pravde vrlo široko tumačio pojam *lica koje je pretrpelo štetu*, i aktivnu legitimaciju priznao ne samo direktnim i indirektnim kupcima po vertikali, već i po horizontali. U poslednju grupu spadaju kupci koji kartelisanu robu (ili uslugu) nisu kupili od učesnika kartela, već od drugih prodavaca i lica koja nisu poslovala kao učesnici na kartelisanom tržištu, niti su na njemu poslovali zabranjeni kartelisti.

Problem sa ovakvim širokim priznavanjem aktivne legitimacije, tj. prava na zahtev za naknadu štete se nalazi u utvrđivanju potrebne uzročno posledične veze, čiji intezitet opada sa udaljenošću oštećenog od vinovnika, a mora postojati u svakom konkretnom slučaju.⁶⁴ U teoriji se, ipak, skreće pažnja da Sud u pomenutim presudama govori o *pravu na zahtev* za pokretanje postupka za naknadu štete, dok je na nacionalnim sudovima da odrede da li je "konkretno nastala takva šteta" i da li će biti nadoknađena.⁶⁵

6. Prigovor prevaljivanja cene

Do prevaljivanja cene dolazi u slučaju kad se roba ili usluga koji su predmet prodaje, prodaju većem broju kupaca koji se nalaze u vertikalnom nizlaznom lancu, zaključno sa krajnjim kupcem kao potrošačem. Na primer, kad proizvođač proda robu trgovcu na veliko, a ovaj trgovcu na malo koji je dalje proda još nekom posredniku, a ovaj krajnjem potrošaču. U takvim situacijama se pretpostavlja da je svaki prodavac nakon što je robu kupio od svog prethodnika zaračunao svoju zaradu i istu robu prodao sledećem kupcu koji se u lancu nalazi ispod njega i na njega prevalio sav trošak. Tako će sve kumulirane negativne posledice snositi krajnji potrošač. Sva ova lica mogu pokrenuti postupak za naknadu štete. Na to upućuje pojam "postupka za naknadu štete".

"Postupak za naknadu štete" znači postupak u okviru nacionalnog prava u kome zahtev za naknadu štete pred nacionalni sud podnosi navodno oštećena strana ili neko ko zastupa jednu ili više navodno oštećenih strana u slučajevima kada pravo Unije ili nacionalno pravo predviđa tu mogućnost, ili fizičko ili pravno lice koje je nasledilo pravo navodno oštećene strane, uključujući lice koje je steklo zahtev. Pod "zahtevom za naknadu štete" podrazueva se zahtev za naknadu štete koja je

⁶⁴ Vid. para. 23. presude u predmetu *Otis II* i tamo naveden presude istog Suda u predmetima C-295/04 do C-298/04, *Manfredi i dr.*, EU:C:2006:461, para. 61., i C-724/17, *Skanska Industrial Solutions i dr.*, EU:C:2019:204, para. 26.

⁶⁵ Para. 33. presude, kao i komentar M. Sousa Fero, G. Oliveira e Costa, *Otis: Another Great Judgment on Private Enforcement from the CJEU... But It Could be Better* <<https://www.competitionpolicyinternational.com/author/oliveirag/>> (25.06.2020).

prouzrokovana povredom prava konkurencije. Oštećena strana je lice koje je pretrpelo štetu prouzrokovanu povredom prava konkurencije. U slučaju prodajnog kartela, odgovor na pitanje da li su kupci zaista pretrpeli štetu zavisi od toga da li su negativne posledice postojanja kartelnog sporazuma prevalili na druge kupce koji se u lancu prodaje i distribucije nalaze ispod njih. U slučaju da su više cene (i ostale negativne posledice) prevalili na druge, tuženi kartelisti načelno mogu istaći prigovor "prevaljivanja cene", tj. da su tužioci na svog kupca preneli više plaćeni iznos za kupljenu robu koju prodaju ili uslugu koju dalje pružaju. Na tužiocu je teret dokazivanja da je tuženi robu prodao po ceni u kojoj je uračunata i više plaćeni iznos kartelne cene.

Preprodavcima koji se prevaljivanjem cene ekonomski racionalno ponašaju, teško se šta može prigovoriti. U ekonomskom smislu, oni jednostavno koriste situaciju stvorenu kartelnim sporazumom.

U uporednom pravu je pitanje prava na naknadu štete na različite načine regulisano.

U praksi SAD je ovo pitanje relativno rano rešeno (nakon stapanja na snagu Šermanovog zakona, izmenama izvršenim Klejtonovim zakonom). Prema odredbama dela 4. Klejtonovog zakona, "svako lice koje je oštećeno u svom poslovanju ili u imovini iz razloga što je nešto zabranjeno antitrustovskim pravom, može da tuži kako bi obezbedio trostruku štetu.." Navedenom formulacijom je pravo na pokretanje postupka praktično priznato *svim licima* bez posebnih ograničenja ili zahteva. Tek kasnije je Vrhovni sud SAD iz praktičnih razloga kod prava na tužbu uzeo u obzir mogućnost stavljanja prigovora "prenošenja cene" (*passing-on*). U svojoj presudi u donetoj 1968. godine, u predmetu *Šu mašineri* (Shoe Machinery Corp), Vrhovni sud SAD je, nakon što je utvrdio da je tuženi povredio pravila konkurencije, prihvatio zahtev direktnog kupca (tužioca) za nadoknadom punog iznosa štete, iako je tužilac u potpunosti povećanje cene preneo na svoje dalje (indirektne) kupce.

Svoj stav Sud je obrazložio praktičnim razlozima i bojazni da bi drugačije rešenje odužilo i iskomplikovalo sudski postupak. Stav prema kome direktni kupac ima pravo na punu naknadu bez obzira što je štetu preneo dalje, Sud je potvrdio i u kasnijem predmetu *Illinoj Brik* (Illinois Brick. Co. v Illinois), u kome je odbio zahteve indirektnih kupaca kao tužilaca, ponavljajući stav da samo direktni kupci imaju pravo na naknadu štete i da bi priznavanje istog prava i indirektnim kupcima moglo dovesti do multiplikovanja ukupne odgovornosti tuženih na iznos veći od trostruke štete kao je to predviđeno Klejtonovim zakonom (*Clayton Act*).

U pravu Nemačke,⁶⁶ propisna je obaveza svakoga ko namerno ili nepažnjom povredi pravo konkurencije da naknadi tako nastalu štetu.⁶⁷ Pri tome se ne pravi razlika između direktnih i indirektnih kupaca, a činjenica da je direktni kupac prevalio prekomernu cenu ne isključuje njegovo pravo da traži naknadu štete. Izmenama koje su izvršene unošenjem tzv. devetog amandmana, od 9. marta 2017. godine, u Zakon protiv ograničavanja konkurencije⁶⁸, ojačan je položaj tužioca u pogledu utvrđivanja iznosa štete kod njenog prevaljivanja u tzv. pratećim tužbama uvođenjem zakonske pretpostavke da povreda kartela sama po sebi uzrokuje gubitke, i preciziranjem prava na prigovor prenošenja štete. U sudskoj praksi, Nemački savezni vrhovni sud je već u *ORWI* presudi, od 2011. godine⁶⁹, priznao pravo prigovora prenete štete kao i pravo indirektnih kupaca da zahtevaju štetu, ali je pravo prigovora prevaljene štete, uslovio ispunjavanjem brojnih uslova.

U francuskom pravu pitanje procesne sposobnosti indirektnih kupaca nije regulisano posebnim propisima, već se primenjuju odredbe člana 1382. Građanskog zakonika, kojim je ustanovljena opšta obaveza pažnje i zaštite od svih gubitaka zbog nepažnje, kad god postoji predvidivi rizik za nastanak štete. Stoga se u privatnopravnoj primeni prava konkurencije ne postavlja pitanje da li će indirektni kupci dobiti naknadu potencijalne štete, koja ne zavisi od procesne sposobnosti već od osnovanosti njegovog potraživanja. U ovom smislu se navodi odluka Kasacionog suda u predmetu *Doux aliments Bretagne*⁷⁰ iz 2010. godine, u kojoj je priznao pravo indirektnim kupcima na koje je prevaljena prekomerna cena da podnesu tužbu direktno protiv učesnika u zabranjenom kartelnom sporazumu.

Sudovi u *Ujedinjenom Kraljevstvu* su dugo vremena odbijali da se izjasne o pitanjima tužbe za naknadu štete u slučaju prenošenja cene i prava tuženog da istakne prigovor prenosa, ali se iz postojeće prakse može

⁶⁶ Šire vid. J. Vukadinović, 'Mesto prava Evropske unije u pravnom poretku SR Nemačke', *Uvod u pravo Nemačke* (Institut za uporedno pravo i Pravni fakultet u Beogradu 2011) 563-579.

⁶⁷ Zakon protiv ograničenja konkurencije, deo 33, podsekcija 3.

⁶⁸ Vid. A. Grünwald, J. Hackl, J. Schwalm, Significant Competition Law Changes In Germany New Rules on Merger Control, Market Dominance, Damages Claims, and Cartel Fines. Dostupno na <<https://www.mofo.com/resources/publications/170309-significant-competition-law-changes-in-germany.html>> Poslednji pristup 07. 12. 2017.

⁶⁹ German Federal High Court (*Bundesgerichtshof*), 28 June 2011, Case No KZR 75/10, *ORWI* EUCLH No DE 59; GFCJ, judgement of June 28, 2011, KZR 75/10, *ORWI*

⁷⁰ Cour de Cassation, *Doux Aliments v Ajinomoto Eurolyne* 09-15816

zaključiti da pravo na isticanje prigovora prenosa treba posmatrati u skladu sa opštim principima kauzaliteta i ublaženja (kauzaliteta)⁷¹.

U pravu EU je u toku proces harmonizacije pravila o naknadi štete, sa svim neizvesnostima koji taj proces nosi.⁷² Tako Direktiva broj 2014/104 predviđa pravo svakog lica koje je pretrpelo gubitak zbog povrede prava konkurencije da može zahtevati potpunu naknadu štete. Ovo uključuje i pravo indirektnih zahteva od lica koja nisu direktni kupci od učesnika kartela, tj. indirektnih kupaca⁷³, ali predviđa i pravo tuženih da ističu odbranu ili prigovor prenetih (prevaljenih) cena. Indirektni kupac je definisan kao fizičko ili pravno lice koja nije direktno od prekršioca nego od direktnog kupca ili daljeg otkupljivača kupilo proizvode ili usluge koji su bili predmet kršenja prava konkurencije, ili proizvode ili usluge koji ih sadrže ili su iz njih izvedeni.

Pre nego što je 2014. godine usvojena Direktiva o šteti, Sud pravde je već bio razvio praksu, pre svega u oblasti nezakonito naplaćenih poreza i njihovog povraćaja zbog povrede prava EU. Međutim, nacionalni sudovi država članica su u tom pogledu imali samo "ograničeno iskustvo"⁷⁴. U takvoj situaciji, u cilju ubrzanja i stimulisanja indirektnih kupaca da pokreću postupke za naknadu štete, Direktiva ustanovljava tri pretpostavke: prvo, svaka povreda u formi zabranjenog kartela uzrokuje nastanak štete, drugo, počinilac može isticati prigovor prenosa štete i treće, veća cena je već preneti na sledeće kupce.

U pravnoj teoriji su polazne pretpostavke podstakle brojne diskusije. Tako je u vezi primene pretpostavke da povreda pravila o kartelima uzrokuje nastanak štete, pokrenuto pitanja značaja kauzalne veze između povrede i nastale štete, posebno kad tzv. kišobran cena. Tome je doprineo i Sud stavom da je svako lice ovlašćeno da traži naknadu štete "ako postoji kauzalna veza između štete i sporazuma ili delovanja koje je zabranjeno

⁷¹ Vid. C. Lombardi, 'The passing-on of price overcharges in European competition damages actions: A matter of causation and an issue of policy', Discussion Paper, No. 8/15, Europa-Kolleg Hamburg, (Institute for European Integration, Hamburg, 2015) <<http://hdl.handle.net/10419/125073>> 23, 22. 06. 2020.

⁷² O prednostima i nedostacima harmonizacije i globalizacije prava vidi. R. Vukadinović i J. Vukadinović Marković, 'Uticaj globalizacije prava na novi svetski poredak', *Spska politička misao* (2017) 24 55, 103, 114-116.

⁷³ Vid. čl. 3(1) i 12(1) Direktive.

⁷⁴ Study on the Passing-on of Overcharges, Final Report, European Commission B-1049 Brussels, <<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf>>, Executive Summary, II (2. 06. 2020)

odredbama člana 101.UFEU⁷⁵. Kad je reč o kišobran ili zaštitnim cenama, Sud smatra da žrtva kišobran cene može dobiti naknadu pretrpljene štete od učesnika u zabranjenom sporazumu, iako sama nije imala ugovorne veze sa njima, ako se ustanovi da bi posledica tog zabranjenog sporazuma mogla biti, zavisno od okolnosti slučaja a naročito o posebnostima predmetnog tržišta, primena kišobran cene od strane trećih lica koja postupaju autonomno i da te okolnosti i posebnosti nisu mogle biti nepoznate učesnicima tog sporazuma.⁷⁶ Iz ovoga proizilazi da se šteta ne sastoji samo od povećanih cena, već i u sprečavanju da cene padnu (da budu snižene), što bi se desilo da ne postoji zabranjeni kartel⁷⁷ i da se šteta pretpostavlja i kod indirektnih kupaca.

U vezi prava tuženog (karteliste) da u svoju odbranu istakne prigovor prenosa cene ili prevaljivanja štete, Direktivom o naknadi štete su države članice obavezane da u postupku za naknadu štete obezbede tuženima da mogu kao odbranu od zahteva za naknadu štete da navedu da je tužilac u potpunosti ili delimično preneo previsoku cenu koja je nastala povredom prava konkurencije. Međutim, teret dokazivanja da je previsoka cena preneti leži na tuženome (kartelisti). Dozvoljavanje prigovora prenosa ima za cilj da se izbegne neosnovano obogaćenje kupca.

U slučaju *indirektnih* kupaca, na njima je teret dokazivanja da je na njih preneti previsoka cena. Smatra se da je na indirektnog kupca preneti previsoka cena ako dokaže da je⁷⁸ tuženi povredio pravo konkurencije, da je povreda konkurencije dovela do previsoke cene za direktnog tuženikovog kupca i da je indirektni kupac kupio robu ili usluge koji su predmet povrede prava konkurencije, ili je kupio robu ili usluge koji su iz njih izvedeni ili ih sadrže.

⁷⁵ Tač. 22. presude donete u predmetu C- 557/12, *Kone AG and Others v ÖBB-Infrastruktur AG*, ECLI:EU:C:2014:1317

⁷⁶ Tač. 34.

⁷⁷ Vid. recital 47 Direktive o naknadi štete.

⁷⁸ Čl. 14. Direktive o naknadi štete.

Jelena Vukadinović Marković*
Vladimir R. Vukadinović**

Legal standing to bring a damages claim and passing-on for breach of EU law of competition

Abstract

A cartel or restrictive agreement means a collusive agreement between market participants to illegally restrict competition and cause harm to other persons. The detrimental effect of a cartel is mainly manifested through an unjustified increase in the price of a cartel product or service, which causes further damage to market participants. Because of that, the injured parties were given the right to initiate a procedure for compensation of the suffered damage. The defendants in such proceedings may, however, raise an objection that the plaintiff, as the buyer of the goods at the cartel price, passed on the cost of the damage incurred by means of requiring the next buyer to pay a higher price.

In EU law, this issue is complex because it must be viewed as part of the general issue of the existence and protection of subjective rights due to breach of EU law and the general principle of non-contractual liability of the European Union. The issue was raised before the Court of Justice of the European Union in the *Carridge, Cone* and *Otis II* cases, and the application of the Directive on Damages for breach of Articles 101 and 102 TFEU. Its understanding requires an analysis, on the one hand, from a substantive and procedural point of view and, on the other, its observation at supranational or EU level as well as at national level, which exists in the Member States.

In the substantive sense, the question arises as to whether EU law in the objective sense, as a set of positive legal rules, has the capacity to create individual subjective rights, different from the rights that individuals have under domestic law, arising from supranational EU rules. The existence of these rights and their recognition opens up a number of procedural issues regarding the manner and legal means for their enforcement which, in a general sense, are reduced to the dilemma of whether the maxim *ubi ius ibi remedium* also applies in EU law.

* PhD. Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade.

** PhD. Faculty of Medical Sciences, Kragujevac.

Keywords: EU competition law, EU subjective rights, standing, damages, court actions, passing-on.