

Jelena Vukadinović¹

OSTVARIVANJE PRAVA NA NAKNADU ŠTETE ZBOG POVREDE PRAVA KONKURENCIJE PRED NACIONALNIM SUDOVIMA I ARBITRAŽNIM TRIBUNALIMA

Sažetak: Život u organizovanom društvu zahteva poštovanje određenih, zakonom propisanih, pravila. Propisivanjem odgovarajućih pravila država uređuje svoje odnose pojedinacima i međusobne odnose pojedinaca. Kršenjem ovih pravila, stvara se osnov za sankcionisanje takvog ponašanja koje se u građansko pravnim postupcima realizuje ili manifestuje u naknadi štete.

Koji društveni odnosi će biti zaštićeni i uređeni pravilima, zavisi od interesa države. Bez sumnje je da takav interes postoji u regulisanju tržišnih privrednih odnosa. Na ovaj način država propisuje pravila utakmice, uz istovremenu kontrolu njihove primene. Kršenje pravila igre na tržištu daje pravo oštećenim učesnicima da traže naknadu štete. Postupak za utvrđivanje da li postoji odgovornost za naknadu štete može se sprovesti pred nadležnim nacionalnim sudovima ili trgovačkim arbitražama.

Postupak ostvarivanja prava na naknadu štete zbog povrede pravila konkurencije pred nadležnim organima čini predmet ovog rada. U tom cilju, prvi deo rada je posvećen pojmu, izvorima i pravnoj prirodi pravila konkurencije. U drugom delu se razmatra pitanje prava na naknadu štete pred nadležnim sudskim ogranima, dok je treći deo posvećen podobnosti ostvarivanja prava na štetu pred arbitražnim tribunalima.

Ključne reči: pravo konkurencije, naknada štete, privatno pravna zaštita, arbitralnost, arbitražni tribunal

Uvod: uopšte o pravu konkurencije

Ponašanje učesnika na tržištu regulisano je pravilima o zaštiti konkurencije. U pravnoj teoriji se pod pravom konkurencije podrazumevaju pravila koja regulišu takmičenje ili utakmicu na tržištu u cilju stvaranja perfektna ili idealne konkurencije.² Pravila

¹ Dr Jelena Vukadinović, istraživač saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd.

² Više o pravu konkurencije: B. Begović, B. Mijatović, *Antimonopolska politika u SR Jugoslaviji*, Beograd 2002; B. Begović, B. Mijatović, *Nova antimonopolska politika: predlog rešenja*, Beograd 2003; R. Whish, *Competition law*, Oxford 2005; M. Tratnik, A. Ferčič, *EC Competition Law*, Pogestei, Beograd/ Niš/ Novi Sad/Maribor 2008; B. Begović, V. Pavić, *Šta je to konkurencija i kako se štiti*, Beograd 2010; B. Rodger, A. MacCulloch, *Competition Law and Policy in the EC and UK*, London 2009; G. Galev, "Posebno o odnosu između nacionalnog

su namenjena državama i preduzećima kao učesnicima na tržištu. U odnosu na subjekte kojima su namenjeni, razlikuju se dve vrste pravila.

Prva grupa pravila uređuje odnos države prema preduzećima kao učesnicima na tržištu davanjem državne pomoći na način koji neće povrediti pravila konkurencije. Druga vrsta pravila uređuje međusobni odnos preduzeća koja posluju na tržištu. U ovu grupu pravila ubrajaju se pravila o zabrani restriktivnih sporazuma, zabrani zloupotrebe dominantnog položaja i nedozvoljene koncentracije. Preduzeća mogu zaključivanjem međusobnih sporazuma, donošenjem odgovarajućih odluka udruženja preduzeća i dogovorne prakse uticati na narušavanje pravila konkurencije.³ Ova grupa pravila (propisa) označavaju se i kao kartelni propisi, antitrustovski propisi ili kartelno pravo.⁴

Kako kartelno pravo predstavlja složeno pravno pitanje, za potrebe ovog rada bavićemo se isključivo privatno pravnim posledicama kršenja konkurencije zaključivanjem restriktivnih sporazuma i zloupotrebom dominantnog položaja učesnika na tržištu.

Pravila konkurencije predstavljaju deo javnog poretka Evropske unije⁵ čineći sastavni deo osnivačkih ugovora. Za države članice ova pravila predstavljaju primarni izvor prava koja uređuju ponašanje subjekata na intrakomunitarnom tržištu Unije.⁶ Za zemlje koje su u postupku pridruživanja, Ugovori o osnivanju, a samim tim i pravila o konkurenciji, ne predstavljaju izvore koji imaju obavezujuću snagu. Iako direktno neobavezujuća, ova pravila indirektno obavezuju države koje pretenduju članstvu Unije. Kako države kandidati u postupku pridruživanja moraju uskladiti nacionalne propise sa propisima Unije, od njih se očekuje da prihvate pravne tekovine (*acque communitarie*) i harmonizuju unutrašnje propise sa utvrđenim pravnim vrednostima Unije. Pod pravnim vrednostima i stečenim tekovinama Unije podrazumevaju se i pravila o regulisanju tržišne utakmice. Na ovakav, indirektan, način pravila konkurencije regulišu trgovinu i na unutrašnjem nacionalnom tržištu.

prava konkurencije zemalja-članica Evropske zajednice i komunitarnog prava", *Pravni život*, 2011/12, 423-436; R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac 2012, 377 i dalje. Više o pravu konkurencije u Srbiji v. V. Pavić, *Revolution, Evolution and Devolution: Overview of the Past Twenty Years of Competition Legislation in Serbia*, dostupno na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2101611, 25.05.2016; S. Danković-Stepanović, "Odgovorno sprovođenje poslovnih koncentracija: u kaleidoskopu usaglašavanja prava konkurencije RS i EU", *Pravni život*, 2011/11, 187-204.

³ V. više R. Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo*, Kragujevac 2012, (2012 a), 280.

⁴ Za kartelno pravo koristi se engleski termin *competition law*, ali i angloamerički *antitrust law*. U nemačkoj terminologiji za kartelno pravo, upotrebljava se termin *Wettbewerbsrecht*, odnosno *Kartellrecht*. U francuskoj terminologiji koristi se termin *droit de la concurrence*, kao i termini *droit des ententes*, *droit anticartllaire*.

⁵ Čl. 1 Preambule Upustva o postupcima za naknadu štete

⁶ Više o izvorima prava u Evropskoj uniji vid. R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac 2012, (2012 b), 93-128.

Subjekti koji posluju na nacionalnom ili intrakomunitarnom tržištu, nemaju mogućnost slobodnog ugovaranja sadržine propisa kojima se uređuje tržište, jer su pravila konkurencije imperativne pravne prirode. Obavezujuća snaga ovih propisa ukazuje na značaj zaštite javnih (opštih) i istovremenoj zaštiti privatnih interesa. Javno pravni karakter ovih propisa se manifestuje ne samo kroz njihovu sadržinu, već i kroz mehanizam i način na koji države prate povredu konkurencije i štite svoje interese. Zaštita opštih (javnih) interesa sprovodi se u postupcima koji se vode pred Evropskom komisijom na nivou Unije, odnosno pred nadležnim nacionalnim telima na nivou nacionalnih država.⁷ U ovim postupcima odlučuje se o zaštiti javnih interesa u kojima Evropska komisija ili nacionalna regulatorna tela propisuju kazne preduzeću koje je prekršaj učinilo. U nadležnost ovih tela ne spada odlučivanje o naknadi šteti i drugim građansko pravnim posledicama povrede prava konkurencije.

Odlučivanje o naknadi štete odvija se u postupcima pred nacionalnim sudovima i arbitražama i tada je reč o privatno pravnoj zaštiti pravila konkurencije. Šteta koju treća lica, potrošači trpe kao posledicu povrede prava konkurencije, ogleda se uglavnom u povećanoj ceni određenog proizvoda, nemogućnošću ili ograničenju izbora drugog proizvođača ili snabdevača i slično.

Privatno pravna zaštita pred sudovima

Privatna zaštita dugo godina ostala je u senci javne zaštite. Razlozi za takvo postupanje se mogu tražiti u pravnoj prirodi pravila o zaštiti konkurencije, pravnom okviru postupanja ili u nedostatku hrabrosti nacionalnih sudija da preuzmu odgovornost za ovakve postupke, nedostatku unutrašnjih pravila koja uređuju pitanje odgovornosti za povredu prava konkurencije ili zbog toga što nacionalnim propisima nije predviđena posebna tužba za naknadu štete.⁸ Privatno pravna zaštita sastojala bi u se odluci da se prestane sa ponašanjem kojim se krši konkurencija ili u odluci o poništaju zabranjenog kartelnog sporazuma uz naknadu pretrpljene štete.

Ostvarivanje privatne zaštite pred sudovima u početku bilo je moguće samo u Sjedinjenim Američkim Državama.⁹ U pravu Evropske unije, privatno pravna zaštita pred nacionalnim sudovima počela se primenjivati znatno kasnije. Iako su i nacionalni sudovi po samoj prirodi stvari bili nadležni za tumačenje i primenu prava konkurencije sve do 2000.godine vladalo je uverenje da to spada u delokrug posebnih regulatornih

⁷ R. Vukadinović, V. Vukadinović, "Privatne tužbe za naknadu štete zbog povrede kartelnih propisa u EU i Srbiji", *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Budva 2013, 188 i dalje. Prema Zakonu o zaštiti konkurencije, nadležni organ za sprovođenje pravila o zaštiti konkurencije u Srbiji je Komisija za zaštitu konkurencije.

⁸ R. Vukadinović, V. Vukadinović, "Značaj EU upustva o postupcima za naknadu štete za razvoj pripatnopravne zaštite", *Pravna riječ*, 2015/44, 58.

⁹ V. D. J. Gerber, *Private Enforcement of Competition Law: A Comparative Perspective*, 2007, dostupno na: http://scholarship.kentlaw.iit.edu/fac_schol/244.

tela. Tek sa procesom "modernizacija prava konkurencije"¹⁰, koji se odvijao u poslednjoj deceniji prošlog milenijuma, ne samo što su oživele rasprave o aktivnijem uključivanju nacionalnih sudova u rešavanje sporova, nego se postavilo pitanje da li o njima treba da i da li su za to ovlašćene i arbitraže.

U slučaju kad nadležni organi utvrde da postoji povreda, od sudova i arbitraža se očekuje da reše i pitanja pravnih posledica povrede: ništavost takvih ugovora i naknadu štetu zbog dejstva zabranjenih sporazuma, odnosno zbog zloupotrebe dominantnog položaja. Kako na nivou Evropske unije, nadležnost o odlučivanju o javno pravnim posledicama povrede, odnosno o postojanju povrede spada u nadležnost Evropske komisije i nacionalnih regulatornih tela, potrebno je prvo rešiti njihov međusobni odnos. Nakon odgovora na ovo pitanje, ostaje pitanje odnosa sudova i arbitraža prema ovim organima, koji odlučuju o posledicama utvrđenog kršenja pravila. Kao osnovno, postavlja se pitanje da li sudovi i arbitraže imaju pravo da samostalno, kao o prethodnom pitanju odlučuju o postojanju povrede konkurencije prilikom utvrđenja osnova i visine naknade štete.

Od značaja je istaći da nacionalni sudovi imaju nadležnost da odlučuju o primeni samo onih komunitarnih propisa koji uživaju direktnu primenu i direktno dejstvo¹¹. Direktno dejstvo pravila konkurencije Sud pravde Evropske unije je priznao u predmetu *SABAM*¹² da bi kasnija sudska praksa ovakav stav potvrdila i u drugim predmetima. O naknadi štete tom prilikom nije odučivano. Međutim, u kasnijem predmetu *Graham*, Sud je ustanovio pravo fizičkih lica na naknadu štete kao posledicu povrede konkurencije. Sud pravde se u obrazloženju pozvao na direktno dejstvo¹³ članova Osnivačkog akta, čime je pružio osnov za traženje pretrpljene štete.

Pravila konkurencije su u Osnivačkim ugovorima sadržana u članovima 101. do 106, dok je državna pomoć regulisana članom 109. Ugovora o funkcionisanju EU (UFEU). Za razliku od članova 101 (stav 1.i 2.) i člana 102, stav 3 člana 101, koji se odnosi na izuzetke od primene zabrane konkurencije, sve do donošenja Uredbe 1/2003. nije uživao direktno dejstvo. U takvim okolnostima, sud je mogao da donese odluku o naknadi štete pozivajući se samo na članove 101 (stav 1 i 2) i 102, ne uzimajući u raz-

¹⁰ V. P. L. Landolt, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006; M. Dolmas, J. Grierson, "Arbitration and Modernisation of EC Antitrust Law: New Opportunities and New Responsibilities", *International Court of Arbitration Bulletin*, 2003, 14(2), 37.

¹¹ Više R. Vukadinović, "Pojam direktne primene komunitarnog prava", *Glasnik Pravnog fakulteta u Kragujevcu*, 1992, 139-148.

¹² *Belgische Radio en Televisie v SV SABAM and NV Fonior* [1974].

¹³ Pod direktnim dejstvom podrazumeva se podesnost odredi komunitarnog prava da neposredno stvaraju prava i obaveze za pojedince. Takvim odredbama su nacionalni sudovi, Sud pravde i Osnovni sud dužni da pruže neophodnu zaštitu, na način da zahtevi koji proizilaze iz tih prava prihvate kao utužive. Više v. R. Vukadinović (2012 a), 71 i dalje. O razlici između direktne primene i direktnog dejstva vid. R. Vukadinović, (2012 b), 147-165.

matranje predviđene izuzetke o kojima je mogla odlučivati isključivo Komisija ili nadležno regulatorno telo. U slučaju da Komisija ili nadležno regulatorno telo nakon donošenja pravnosnažne presude donose odluku o postojanju izuzetka, odluka suda bi morala biti poništena čime se urušava poverenje u pravni sistem. Ovakvo razmišljanje bilo je samo jedno od razloga zašto se o povredi prava konkurencije nije raspravljalo pred sudovima a još manje pred arbitražama.

Kako bi se ostvarila efikasna zaštita koja je podrazumevala da se o izuzecima raspravlja i pred sudovima, na nivou Unije doneta je Uredba 1/2003 koja je na nedvosmislen način predvidela direktno dejstvo stava 3 člana 101. Iako je Uredba, bar u teorijskom smislu, učinila pozitivan korak ka efikasnoj zaštiti konkurencije, pred sudovima se nije povećao broj zahteva za naknadu štete zbog povrede pravila konkurencije.

Kako bi još više olakšala privatno pravnu primenu zaštite prava konkurencije, Evropska unija je donela Uputstvo o postupcima za naknadu štete¹⁴ koje nema obezbeđujuću snagu ali služi kao pomoć ili putokaz državama članicama da predvide odgovarajuće postupke naknade štete za kršenje prava konkurencije. Prema članu 11. Preambule, cilj Uputstva je da obezbedi da "svako ko je pretrpeo štetu zbog povrede prava konkurencije od strane preduzetnika ili udruženja preduzetnika može delotvorno ostvariti pravo da zahteva potpunu naknadu štete od tog preduzetnika ili udruženja". Uputstvo ne sadrži materijalne propise za javnopravnu i privatnopravnu primenu pravila konkurencije, već predviđa pravo da svako ko je pretrpeo štetu može zahtevati naknadu štete.¹⁵ Pravila ne određuju vrstu i sadržinu postupka ili tužbi već samo načela koja se moraju poštovati, što ostavlja slobodu nacionalnim zakonodavcima da urede način na koji i koja vrsta tužbe će biti optimalna za zaštitu povređenog prava.

Važno je istaći da Uputstvo predviđa mogućnost da se stranke (prekršilac pravila konkurencije i oštećeni) sporazumeju da svoj spor reše sporazumnim putem nakon pokretanja postupka pred nacionalnim sudom kada sud mora zastati sa postupkom. Uputstvo na ovaj način priznaje¹⁶ mogućnost arbitražnog rešavanja sporova istovremeno uređujući odnos nacionalnih sudova i arbitraža.

Međutim, odnos između Komisije i regulatornih tela sa jedne i sudova i arbitraža sa druge strane nije određen, što stvara niz nejasnoća. Ovaj odnos se može posmatrati u *ex ante* i *ex post* sporovima. U postupcima koji se vode nakon što je Komisija ili regulatorno telo donelo odluku o postojanju povrede konkurencije (*ex post* sporovima), pred sudovima i arbitražama se vodi postupak oko određivanje visine naknade štete, ne ulazeći u postojanje pravnog osnova. Takav stav sadržan je i u članu 9 Uputstva.

¹⁴ 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.

¹⁵ U tom smislu v. čl. 1(2) Uputstva.

¹⁶ V. tač. 21, čl. 2 Uputstva, čl. 18 (2) Uputstva.

Prema ovom članu, države članice su obavezne da osiguraju da se povreda prava konkurencije koju je pravnosnažnom odlukom utvrdilo nacionalno regulatorno telo ili žalbeni sud smatra nespornim dokazom za potrebe postupka za naknadu štete pred njihovim nacionalnim sudovima u skladu sa članovima 101 i 102 UFEU ili u skladu sa nacionalnim pravom konkurencije.

Situacija je drugačija, ako je postupak pokrenut pred sudom ili arbitražom pre nego što je doneta odluka o postojanju povrede prava konkurencije.

U takvim okolnostima, kao sporno postavlja se pitanje da li sud u postupcima u kojima ne postoji rešenje Komisije ili u kojima je Komisija donela odluku da ne postoji povreda konkurencije, može takvu tužbu odbaciti. Kako Uputstvo ne sadrži rešenje ovog problema, odgovor treba tražiti u nacionalnim pravilima.

Prema pozitivnim pravnim pravilima o naknadi štete u Srbiji, pravni osnov za pokretanje tužbe se može naći u Zakonu o zaštiti konkurencije i u Zakonu o obligacionim odnosima.

Prema članu 73 Zakona o zaštiti konkurencije iz 2009. predviđeno je da se naknada štete može ostvariti u parničnom postupku pred nadležnim sudom, ako postoji povreda konkurencije utvrđena rešenjem Komisije. Iz navedenog člana izvodi se zaključak da zakonodavac nije predvideo mogućnost naknade štete ukoliko ne postoji rešenje Komisije. Može se zaključiti da je naš zakonodavac predvideo samo prateće ili nesamostalne tužbe.¹⁷

Kako se pravni osnov za podizanje tužbe za naknadu štete ne može naći u *lex specialis*, potrebno je rešenje tražiti u drugim pozitivnim izvorima. Zakon o obligacionim odnosima predviđa zabranu nanošenja štete drugome kao opšti pravni princip. Zakon predviđa obavezu uzdržavanja od štetnih postupaka¹⁸ i naknadu štete svakom ko drugome štetu prouzrokuje.¹⁹ U tom smislu, svako ko je pretrpeo štetu zbog kršenja pravila konkurencije, može pokrenuti postupak pred nadležnim sudom opšte nadležnosti. Sud bi u tim postupcima, raspravljao da li je tužbeni zahtev osnovan, drugim rečima da li postoji povreda konkurencije i ako postoji kolika je pričinjena šteta. Ukoliko je Komisija za zaštitu konkurencije donela rešenje o postojanju povrede konkurencije, sud bi rešenje Komisije prihvatio kao pravni osnov za određivanje visine štete. Ukoliko Komisija za zaštitu konkurencije prethodno nije donela odluku o postojanju povrede, sud bi morao da preuzme ulogu Komisije i da odluči o postojanju povrede konkurencije. Ovakvom postavkom bi se otvorilo pitanje da li sud ima pravo da sam, umesto Komisije utvrdi postojanje povrede znajući da to spada u poverene poslove Komisije.²⁰

¹⁷ V. više o pojmu nesamostalnih tužbi R. Vukadinović, V. Vukadinović, 2013, 202-203.

¹⁸ Čl. 16. ZOO.

¹⁹ Čl. 154. ZOO.

²⁰ Čl. 21, st. 13 Zakono o zaštiti konkurencije.

U prilog tumačenju da sud može odlučivati o povredi konkurencije, navodimo odredbu 12 Zakona o parničnom postupku prema kojoj je kao novi predvideo "postupak za zaštitu kolektivnih prava i interese građana". Iako ZPP ne predviđa da se postupak odnosi na povredu pravila konkurencije, smatramo da ukoliko nije izričito isključeno, *a contrario* se može primenjivati i u postupcima konkurencije. Tako posmatrano, zaključujemo da sud može doneti odluku o postojanju povrede konkurencije ako o tom pitanju nadležni organ nije doneo meritornu odluku, što je saglasno i članu 12 ZPP. Doneta odluka suda predstavljala bi meritornu odluku o postojanju povrede koje bi Komisija za zaštitu konkurencije trebalo da prihvati kao pravnosnažnu odluku i da postupa u skladu sa njom.

Privatno pravna zaštita pred arbitražama

Ukoliko se prihvati rešenje da nacionalni sudovi mogu samostalno odlučivati o postojanju povrede konkurencije, za koje se autor zalaže, dalje se može postaviti pitanje da li arbitražni tribunali u postupcima o naknadi štete mogu donositi odluke o postojanju povrede konkurencije. Dilema nastaje zbog prirode ovlašćenja koja uživaju arbitri na osnovu arbitražnog ugovora. Arbitražni ugovor predstavlja konstitutivni element nadležnosti arbitražnog tribunala.²¹ Ugovorne strane zaključivanjem arbitražnog ugovora derogiraju nadležnost državnog suda i prorogiraju nadležnost arbitražnog tribunala.²² Zaključujući arbitražni ugovor strane u njega unose uverenje da će spor biti rešen na najbolji način. Želja i nada ugovornih strana ograničene su, sa druge strane, prerogativima države. U cilju zaštite opštih javnih interesa država za određene vrste sporova propisuje isključivu nadležnost nacionalnih sudova, te takve sporove smatra nearbitrabilnim.²³

Dugo godina se smatralo da sporovi koji su nastali kao posledica povrede prava konkurencije ne mogu biti predmet arbitražnog odlučivanja. Razloge za takav stav bi trebalo tražiti u pravnoj prirodi ovih sporova, jer se smatralo da pravila konkurencije predstavljaju deo javnog poretka.²⁴ Stoga su ovi sporovi smatrani nearbitrabilnim²⁵.

Pitanje arbitrabilnosti kartelnih sporova se postavlja zbog sumnje da arbitražna kao privatna institucija nije u stanju da na pravi način zaštiti javne interese. Put priznanja arbitrabilnosti ovih sporova bio je dugotrajan i može se uporediti sa putom koji su prošli nacionalni sudovi u kompletiranju svoje nadležnosti u sporovima povodom povrede članova 101 i 102 TFEU. U početku arbitri nisu bili voljni da odlučuju o postojanju povrede i imovinsko pravnim zahtevima nastalim iz restriktivnih sporazuma ili zlo-

²¹ V. J. Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd 2002.

²² V. M. Stanivuković, *Međunarodna arbitraža*, Beograd 2013, 78 i dalje ; J. Perović, 41 i dalje.

²³ Više o arbitrabilnosti sporova u Srbiji i Hrvatskoj v. J. Vukadinović, " Pojam arbitralnosti u arbitražnim pravima Srbije i Hrvatske", *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Budva 2012, 235-245.

²⁴ V. P. L. Landolt, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, Kluwer, 2006, 93.

²⁵ J. Hrle, *International Arbitration and Competition Law*, Montreal Quebec 1999, 21.

upotrebe dominantnog položaja, zbog straha da doneta odluka neće biti izvršena pozivanjem na povredu javnog interesa, u delu u kome se odlučuje o postojanju kartelnog sporazuma. Stoga su svoju nadležnost arbitri zasnivali samo u slučajevima u kojima je konačnom odlukom nadležnog državnog tela utvrđena povreda pravila konkurencije.²⁶ Vremenom je ovakav stav napušten, što svedoči i veći broj donetih odluka²⁷ u kojima su pokrenuta pitanja primene članova 101 i 102 i to ne samo kada su njihovu primenu ugovorile stranke, već i *ex officio* –kao imperativne odredbe koje ulaze u pojam komunitarnog javnog poretka.²⁸

Prvi u nizu slučajevima u kojima je razmatrano pitanje povrede prava konkurencije Evropske unije bio je slučaj *Eco Swiss*.²⁹ Sud pravde je u odluci obavezao arbitri da se po službenoj dužnosti, *ex officio* staraju o pravilima javnog poretka odnosno o članovima 101 i 102 UFEU. Do ovog ublažavanja stava došlo je pod uticajem američke arbitražne prakse³⁰ i prihvatanja *teorije drugog pogleda*.³¹

Naime, jedan od razloga nearbitrabilnosti ovih sporova tražen je i u razlogu konačnosti donete arbitražne odluke. Kako u arbitražnom postupku nije moguće putem redovnih pravnih lekova osporavati donetu odluku, smatralo se da ukoliko arbitri načine grešku prilikom primene imperativnih propisa kartelnog prava, nema mesta preispitivanju odluke.

Međutim, ono što se zaboravlja je da sud u postupku povodom poništaja odluke pored razloga koje je navela stranka koja zahteva poništaj, po službenoj dužnosti vodi računa da li su povređena pravila javnog poretka ili je odlučivano o sporu koji je nearbitrabilan. Nacionalni sudovi se na taj način staraju o nacionalnom javnom poretku

²⁶ J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, 485. Autori potkrepljuju svoj stav navodeći sudsku i arbitražnu praksu u napomeni br. 24.

²⁷ M. Blessing, "Arbitrating Antitrust and Merger Control", *Swiss Commercial Law Series*, 2003, Vol. 14, Zürich, dostupno na http://de.baerkarrer.ch/publications/4_3_14.pdf.

²⁸ V. L. A. Velasco san Pedro i dr., *Private Enforcement of Competition Law*, Lex Nova 2011, 387; S. V. Walle, *Private Antitrust Litigation in the European Union and Japan: A Comparative Perspective*, Maklu, 2013, 214.

²⁹ C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v Benetton International NV*, [199] ECR I-3055. Međutim, opšti pravobranilac A. Saggio je u istom predmetu smatrao da član 85 (ondašnji) ne čini deo javnog poretka pa su arbitri dužni da se kreću samo u granicama prava koje su strane odabrale. V. AG Opinion, tač. 21. i 22.

³⁰ V. između ostalog odluku u predmetu *Shearson/American Express v. McMahon*, 107 S.Ct. 2332(1987). V. *Gilmer v. Interstate / Johnson Lane Corp.*, 500 U. S. 20 (1991).

³¹ Više o teoriji drugog pogleda (*second look doctrine*) S. L. Karamanian, *The Road to the Tribunal and Beyond: International Commercial Arbitration and United States Courts*, 34 *GEO. WASH. INT'L L. REV.* 17.

zemlje u kojoj je odluka doneta, odnosno o međunarodnom javnom poretku u postupku priznanja i izvršenja.³²

Na taj način pravila javnog poretka u arbitražnoj odluci ostaju "pokrivena", o njoj se staraju sudovi zemlje u kome je odluka doneta i zemlje u kojoj treba da se izvrši.

Na ovakav način objašnjeno, nema mesta negiranja nadležnosti arbitražnih tribunala u postupcima naknade štete. Jedino što je ostalo sporno nakon donošenja Uredbe iz 2003 godine je da li tribunali, poput nacionalnih sudova, imaju nadležnost da odlučuju o izuzecima iz stava 3, člana 101. TFEU.

U pravnoj teoriji jedni smatraju da jezičko tumačenje Uredbe broj 1/2003 upućuje na zaključak da se na ovo pravo ne mogu pozivati arbitraže, jer nisu obuhvaćene pojmom "tribunala" i nemaju pravo da od Suda pravde traže da odluči o prethodnom pitanju. Većina autora, međutim, smatra da sistematsko tumačenje koje uzima u obzir ne samo demonopolizaciju, već i decentralizaciju odlučivanja nakon modernizacije, upućuje na zaključak da privatno pravna primena prava konkurencije obuhvata i pravo arbitraža da odlučuju i o postojanju izuzetaka iz stava 3. člana 101. UFEU. Doduše, i arbitraža može na posredan način obezbediti odluku o prethodnom pitanju, tako što će u toku arbitražnog postupka od nacionalnog suda tražiti da odluči o postojanju izuzetaka i tako navesti nacionalni sud da se obrati Sudu pravde sa istim pitanjem.

U nacionalnim pravima, ovo pitanje nije na jednobrazan način rešeno, te se mogu izdvojiti dva pristupa. U prvom slučaju (SAD, Nemačka, Francuska, Španija, Grčka, Portugalija), arbitri mogu odlučivati samo o onim sporovima iz prava konkurencije kod kojih je drugo telo već ustanovilo da postoji povreda prava o zaštiti konkurencije. Kod drugog pristupa (Belgija, Švedska, Poljska, Švajcarska), arbitrima je priznata puna nadležnost kao i nacionalnim sudovima, tj. pravo da meritorno odlučuju i o postojanju povrede i o građansko pravnim posledicama kršenja kartelnog prava. U tom slučaju se kartelni spor može odrediti kao spor o građansko pravnim posledicama povrede odredbi kartelnog prava. Ovakav stav je potvrđen i u sudskoj praksi. Tako je Švajcarski federalni sud, već od 1992. godine potvrdio arbitrabilnost ovih sporova, dok je pariski apelacioni sud oslanjajući se na presudu u predmetu *Ganz*³³ i u predmetima *Labinal*³⁴ i *Aplix*³⁵ smatrao da arbitrabilnost ovih sporova nije isključena zbog činjenice da pravila koja se primenjuju na ove sporove spadaju u pravila javnog poretka. Sud je zaključio da arbitražni tribunal može odlučivati o građanskopravnim posledicama nezakonitog ponašanja stranaka sa stanovišta pravila javnog poretka, koja se mogu direktno primeniti na odnos između strana.

³² Više o diskusiji o razlici između nacionalnog i međunarodnog javnog poretka v. A. Goldštaj, S. Triva, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb 1987, 18.

³³ Paris, *Ganz*, *Rev. arb.* 1991, стр. 478 sa komentarom Idot.

³⁴ Paris, *Labinal*, *Rev. Arb.* 1993, 645 sa komentarom Jarrosson; Paris, *Aplix*, *Rev. Arb.* 1994, 164

³⁵ *Société Aplix v Société Velcro*, Appel Paris, 14 October 1993 [1994] *Rev Arb.* 165.

Zaključak

Prikaz funkcionisanja javnog poretka EU u oblasti zaštite konkurencije i sprečavanja zaključivanja zabranjenih ugovora, navedeni primeri iz prakse Evropskog suda pravde i iz uporednog prava ukazuju na to da arbitrabilnost sporova po zahtevuza naknadu štete zbog povrede prava konkurencije nije potpuno isključena, već zavisi od toga da li se na njih isključivo primenjuju pravila javnog poretka. Od toga zavisi i u kojoj će meri u nacionalnim zakonodavstvima arbitrima, kao što je sada sudovima, biti dozvoljeno da meritorno odlučuju o postojanju povrede prava na konkurenciju i o građanskopravnim posledicama takvih povreda (uključujući tu i pitanje štete i određivanje naknade).

U srpskom pravu ovo pitanje nije regulisano. Tumačenjem člana 12 ZPP o kojem je, napred, bilo više reči može se zaključiti da se predviđeni postupci mogu odnositi i na postupke pred arbitražama. Tako posmatrano, arbitražni tribunali mogu samostalno odlučivati o povredi prava konkurencije i donositi odluke o naknadi štete kao posledici takve povrede.

* * *

OBTAINING THE DAMAGES FOR THE INFRINGEMENT OF COMPETITION LAW BEFORE NATIONAL COURTS AND ARBITRATION TRIBUNALS

Summary

While public enforcement is well developed within Europe private actions for damages from competition law infringements have stayed in the shadows for a long time. This trend is slowly leaving after adoption of numerous documents by Union. The paper takes the view that the private enforcement of infringement of competition rules can be adequately maintained before national courts and arbitration tribunals.

The articles consist of three parts. The first part describes the sources and legal nature of the competition rules. The second part discusses the issue of the right to compensation before the national courts while the third part, as the main point of the paper is devoted to the arbitrability of competition disputes before arbitral tribunals.

Keywords: *competition law, compensation, private enforcement, arbitrability, arbitral tribunal.*