

Ивана Ракић, мастер*

ПОКАЈНИЧКИ ПРОГРАМ И ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ

У раду се анализира однос између програма ослобађања од новчане казне и умањења новчане казне учесницима у рестриктивним споразумима који пријаве споразум и одговорности тих учесника за штету насталу због спровођења рестриктивног споразума. Аутор указује на то да решење према којем покајник одговара за евентуалну штету умањује подстицаје учесницима на тржишту да пријаве рестриктивни споразум, и тиме делотворност покајничког програма. Истовремено се у раду објашњава да се ослобађањем покајника од одговорности за штету делимично ускраћује заштита оштећеним лицима, с обзиром на то да се на тај начин ограничава број учесника од којих оштећена лица могу да захтевају накнаду штете.

Кључне речи: *Покајнички програм. Ослобађање од новчане казне. Накнада штете. Повреда конкуренције. Право конкуренције.*

1. УВОД

Покајнички програм у праву конкуренције (енг. *leniency program*), односно програм ослобађања од новчане казне и умањења новчане казне учесницима рестриктивних споразума који пријаве споразум у којем учествују сматра се једним од најзначајнијих елемената политике према рестриктивним споразумима и најједноставнијим инструментом за откривање и доказивање рестриктивних споразума. Правилима о покајничком програму остварује се истовремено и важна превентивна улога, јер ова правила представљају значајан механизам генералне превенције, тј. одвраћања учесника на тржишту од закључивања рестриктивних споразума (*deterrent effect*). Покајнички

* Ауторка је истраживач сарадник Института за упоредно право у Београду, ivanaracic12@gmail.com

програм има дакле двоструку улогу: не само што служи откривању и доказивању рестриктивних споразума, већ се њиме отежава, односно умањује вероватноћа закључивања нових рестриктивних споразума.¹

Међутим, покајнички програм има једно велико ограничење које може умањити његову делотворност и тиме допринети одржању закључених рестриктивних споразума и увећати вероватноћу њиховог закључивања. Тржишни учесници који остваре могућност да учествују у покајничком програму и буду ослобођени од новчане казне или да им новчана казна буде умањена нису ослобођени од одговорности за штету која настаје услед закључења рестриктивног споразума, будући да се правилима о покајничком програму наглашава да њихова примена ни на који начин не утиче на права оштећених лица да поднесу тужбу за накнаду штете због повреде права конкуренције. То значи да оштећена лица, односно тржишни учесници који су претрпели штету услед спровођења рестриктивног споразума, могу против учесника који је ослобођен од новчане казне или којем је казна умањена да поднесу тужбу за накнаду штете због повреде права конкуренције и да штету надокнаде у парничном поступку. У случају подношења тужбе, тужилац у поступку не мора да доказује постојање рестриктивног споразума (с обзиром на то да је његово постојање потврдио учесник тог споразума), а преостаје му једино да докаже постојање штете и њен износ. На тај начин слабе подстицаји учесницима у рестриктивном споразуму да пријаве споразум и да сарађују са телом надлежним за заштиту конкуренције, јер откривањем рестриктивног споразума и признавањем учешћа у споразуму не само да излажу себе могућности да одговарају за евентуалну штету која може настати због спровођења рестриктивног споразума, већ увећавају очекивану вредност одштете коју ће морати да плате.

Ослобађање од грађанскоправне одговорности тржишних учесника који учествују у покајничком програму представљало би отуда подстицај тржишним учесницима у да пријаве рестриктивни споразум у којем учествују и да доставе доказе о њему и тако „уруше“ дослук на тржишту. Тиме би се створио додатни подстицај за изигравање дослуха између учесника на тржишту и ојачао покајнички програм, којим се још више доприноси нестабилности постигнутог

¹ Вид. више Patricia Carmona Botana, „Prevention and Deterrence of Collusive Behavior: The Role of Leniency Programs“, *Columbia Journal of European Law* 1/2006, 49 52; Gregory J. Werden, Scott D. Hammond, Belinda A. Barnett, „Deterrence and detection of cartels: Using all the tools and sanctions“, *Antitrust Bulletin* 2/2011, 223 225; Wouter P.J. Wils, „Self incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis“, <http://ssrn.com/abstract=1319248>, 20. јул 2014, 23 25; Giancarlo Spagnolo, „Leniency and Whistleblowers in Antitrust“, *Handbook of Antitrust Economics* (ed. Paolo Buccirossi), MIT Press, Cambridge, Massachusetts 2008, 262 265.

дослуха, односно нестабилности рестриктивног споразума и којим се још више умањују подстицаји за склапање нових споразума. Због тога је овај рад посвећен анализи ефеката који би настали услед ослобађања од одговорности за штету учесника у покајничком програму, а који се огледају у стварању додатних подстицаја учесницима у рестриктивном споразуму да пријаве тај споразум, али и анализи негативних ефеката таквог решења, будући да се ослобађањем „покајника“ од грађанскоправне одговорности делимично ускраћује заштита оштећеним лицима. Оваквом анализом првенствено ће бити обухваћена правила Републике Србије о покајничком програму и тужби за накнаду штете због повреде права конкуренције.

2. УСЛОВИ ЗА ОСЛОБАЂАЊЕ ОД НОВЧАНЕ КАЗНЕ И СМАЊЕЊЕ НОВЧАНЕ КАЗНЕ

Покајнички програм почива на идеји да се стварањем додатних подстицаја учесницима у рестриктивном споразуму да пријаве тај споразум заправо „подстакне“ нестабилност дослуха и унесе неповерење између тржишних учесника који учествују у дослуху (према начелу *divide et impera*²), како би се увећала вероватноћа откривања рестриктивних споразума и кажњавања тржишних учесника који су повредили прописе о заштити конкуренције. Основу такве политике према рестриктивним споразумима чини дакле стварање веродостојне претње да ће недозвољени дослух између учесника на тржишту бити откривен, чиме се истовремено превентивно делује с циљем отежавања постизања дослуха. Зато се приликом анализе покајничког програма у ствари утврђује како он утиче на стварање подстицаја за дослух, односно на стварање подстицаја за изигравање дослуха.

Учесници у рестриктивном споразуму суочени су са противречним подстицајима, тако да рестриктивне споразуме карактерише инхерентна нестабилност: с једне стране, учесници су мотивисани да се усаглашавају како би избегли конкуренцију и остварили већи профит од профита који би остварили без дослуха, а с друге стране, имају подстицај да изиграју дослух и повећају обим производње (уз истовремено смањење цена) како би максимизовали сопствени профит. Због тога сваки учесник има инхерентни подстицај да први изигра дослух и тако избегне ситуацију у којој ће он бити изигран, а дослух урушен, јер је свестан да сви учесници у дослуху тако размишљају и да такво размишљање може довести до урушавања дослуха између учесника на тржишту.

² Giancarlo Spagnolo, „*Divide et Impera: Optimal Leniency Programs*“ (2005), http://ftp.zew.de/pub/zew_docs/veranstaltungen/rnic/papers/GiancarloSpagnolo.pdf, 20. јул 2014, 2.

Овакво понашање учесника у дослуху и постојање противречних подстицаја објашњава се примером који је у теорији игара (енг. *theory of games*) познат као затвореникова дилема (енг. *prisoner's dilemma*). Тај теоријски налаз се користи и код примене правила о покајничком програму, па се покајничким програмом доприноси нестабилности дослуха, стварањем додатних подстицаја учесницима да изиграју дослух.³ Зато сваки учесник у дослуху полази од тога да је боље да он први изигра, односно пријави дослух, него да он буде пријављен и кажњен. Тиме не само што се увећава вероватноћа откривања рестриктивних споразума и кажњавања његових учесника, него се отежава закључивање нових рестриктивних споразума: учесници на тржишту нису спремни да закључе рестриктивни споразум с другим учесницима уколико сумњају да би их они касније могли пријавити и уколико постоји мала вероватноћа да ће постигнути дослух бити одржив.

Отуда се као основни услов за ослобађање од новчане казне у праву Републике Србије поставља критеријум према којем се од обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције може ослободити само учесник рестриктивног споразума који *први* Комисији за заштиту конкуренције пријави постојање споразума или достави доказе на основу којих Комисија може донети решење о повреди конкуренције због закључења рестриктивног споразума.⁴ Поред тога, да би учесник био ослобођен од новчане казне, услов је да Комисија, у тренутку достављања доказа, није имала сазнање о постојању рестриктивног споразума или је имала сазнање али није имала довољно доказа да донесе закључак о покретању поступка, као и услов да се не ради о учеснику који је иницирао закључење пријављеног рестриктивног споразума.⁵

Учеснику рестриктивног споразума који пријави забрањени споразум, а који не испуњава услове за ослобађање од новчане казне, новчана казна може бити смањена под условом да у току поступка Комисији достави доказе који у том тренутку нису били доступни, а који омогућавају окончање поступка и доношење решења о повреди конкуренције због закључења рестриктивног споразума.⁶ Учесницима који нису *први* пријавили споразум, казна дакле може бити само

³ Вид. више Р. С. Botana, 56 61; Giorgio Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, New York 2007, 333 334; Phillip C. Zane, „Price Fixer's Dilemma: Applying Game Theory to the Decision of Whether to Plead Guilty to Antitrust Crimes“, *Antitrust Bulletin* 1/2003, 6 17; Christopher R. Leslie, „Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability“, *Journal of Corporation Law* 2/2006, 455 и даље.

⁴ Вид. Закон о заштити конкуренције ЗЗК, *Службени гласник РС*, бр. 51/09, 95/13, чл. 69, ст. 1.

⁵ Вид. ЗЗК, чл. 69, ст. 2 и 4.

⁶ Вид. ЗЗК, чл. 69, ст. 3.

умањена, и то под условом да нису иницијатори закљученог рестриктивног споразума. То значи да иницијатори рестриктивних споразума, према правилима Републике Србије, не могу ни под којим условима учествовати у покајничком програму.⁷ Учеснику који испуњава услове за смањење новчане казне, казна може бити умањена од 30 до 50%, ако му је коначно признат статус првог подносиоца захтева за смањење обавезе; од 20 до 30%, ако му је коначно признат статус другог подносиоца захтева за смањење обавезе; или до 20% ако му је коначно признат статус трећег и сваког наредног подносиоца захтева за смањење обавезе.⁸

3. ТУЖБА ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ

Приватно спровођење права конкуренције (енг. *private enforcement*) обухвата две врсте поступака у којима се одлучује о накнади штете проузроковане повредом права конкуренције: поступке који се покрећу подношењем тзв. несамосталне или пратеће тужбе (*follow on action*) и поступке који се покрећу подношењем тзв. самосталне или независне тужбе (*stand alone action*). У случајевима када је надлежно тело за заштиту конкуренције утврдило повреду конкуренције, оштећена лица могу да поднесу пратећу тужбу на основу одлуке о повреди конкуренције, док у осталим случајевима, оштећена лица могу да поднесу самосталну тужбу без обзира на то да ли постоји одлука надлежног тела о утврђеној повреди конкуренције. У првом случају се тужба подноси након доношења одлуке о повреди конкуренције, док се у другом случају тужба подноси пре него што надлежно тело утврди повреду конкуренције.

У складу са све већим значајем приватноправне заштите конкуренције, посебно у праву Европске уније, Закон о заштити конкуренције уводи у право Републике Србије могућност подношења посебне приватне тужбе за накнаду штете због повреде права конкуренције. Тиме се другим учесницима на тржишту, купцима и потрошачима омогућава да у парничном поступку остваре заштиту својих права и надокнаде штету коју су претрпели због спровођења рестриктивног споразума, односно због друге повреде права конкуренције.

⁷ Вид. Уредбу о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 50/10), чл. 2, ст. 1. тач. 3-4; Смернице за примену чл. 69. Закона о заштити конкуренције и Уредбе о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције (http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/Smernice_za_primenu_cl_69_i_uredbe_o_oslobadjanju.pdf), 13. јул 2014, даље у тексту: Смернице), тач. 2 и 3.

⁸ Вид. Смернице, тач. 36.

Закон о заштити конкуренције познаје само пратећу тужбу за накнаду штете, будући да предвиђа да се у парничном поступку пред надлежним судом може остварити накнада штете која је проузрокована актима и радњама које представљају повреду конкуренције у смислу Закона о заштити конкуренције, а која је утврђена решењем Комисије за заштиту конкуренције.⁹ Услов за подношење тужбе за накнаду штете јесте, дакле, решење Комисије за заштиту конкуренције којим је утврђена повреда конкуренције, а накнада штете се остварује у парничном поступку.¹⁰ Закон затим наглашава да решење Комисије не претпоставља да је штета наступила, већ се штета мора доказивати у судском поступку.¹¹ То значи да тужилац мора да докаже постојање штете и узрочно-последичну везу између повреде конкуренције и штете која је наступила. Према томе, суд је везан одлуком Комисије којом је утврђена штетна радња, тј. повреда конкуренције, али тужилац тиме ипак није ослобођен терета доказивања да је штета наступила.

У упоредном праву, приватно спровођење права конкуренције највише је развијено у Сједињеним Америчким Државама, будући да је још Шерманов закон из 1890. године (Sherman Antitrust Act) омогућио приватно спровођење права конкуренције, а Клејтонов закон (Clayton Antitrust Act of 1914) додатно је подстакao приватноправну заштиту конкуренције тако што је оштећеним лицима омогућио да траже накнаду штете у троструком износу (*treble damage*). Током првих педесет година примене Шермановог закона вођена су 423 „приватна“ поступка, да би се након 1940. године број ових поступака постепено повећавао.¹² У периоду 1940–1959. покренуто је 2725 поступака (просечно 136,2 поступка годишње), а од 1960. године бележи се значајан раст броја поступака приватноправне заштите конкуренције, па је у периоду 1960–1970. вођено просечно 669,7 по-

⁹ Вид. ЗЗК, чл. 73, ст. 1.

¹⁰ Иако Законом о заштити конкуренције није изричито предвиђена само стална тужба за накнаду штете, чини се да у праву Републике Србије не постоје ограничења за њено подношење. Тужба би се могла поднети према општим правилима о забрани проузроковања штете и о накнади штете, у складу са Законом о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03, даље у тексту: ЗОО). Према овим правилима, свако је дужан да се уздржи од поступка којим се може другом проузроковати штета (чл. 16 ЗОО) и свако ко другоме проузрокује штету дужан је накнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривике (чл. 154, ст. 1 ЗОО). Исто и Радован Д. Вукадиновић, Владимир Вукадиновић, „Приватне тужбе за накнаду штете због повреде картелних прописа у ЕУ и Србији“, *Актуел на питања савременог законодавства* (ур. С. Перовић), Савез удружења правника Србије и Републике Српске, Београд 2013, 200.

¹¹ Вид. ЗЗК, чл. 73, ст. 2.

¹² Richard A. Posner, „A Statistical Study of Antitrust Enforcement“, *Journal of Law and Economics* 2/1970, 371.

ступака годишње, а у периоду 1971–1985. овај годишњи просек је био чак 1.292,5 поступка. У периоду 1986–2012. број приватних поступака је нешто мањи, тако да годишњи просек износи 711,3 поступка.¹³

Значај приватноправне заштите конкуренције у САД потврђује и податак да је 91,7% судских поступака за заштиту конкуренције покренуто приватним тужбама, узимајући у обзир просек формиран у периоду 1975–2012.¹⁴ Осим тога, значајан број ових поступака приватни тужиоци успешно окончавају, а износ пресуђене накнаде достиже милионске износе. На пример, у случају *Electrical Carbon Fiber* (из 2006. године) штета износи 30 милиона долара, у случају *Methionine* 107 милиона долара (2002), у случају *Tricor* 316 милиона долара (2009), у случају *Novell v. Microsoft* 536 милиона долара (2004), у случају *Intel* 1,25 милијарди долара (2009), а у случају *Visa MC* 6,813 милијарде долара (2008).¹⁵

У Европској унији, приватно спровођење права конкуренције има много мањи значај, али се у претходних десетак година убрзано развија у свим земљама чланицама, посебно у Немачкој, Шпанији и Великој Британији, где се тужбе за накнаду штете највише подносе. У Немачкој се 60% поступака за заштиту конкуренције (не узимајући у обзир поступке контроле концентрација) односи на приватноправну заштиту, а у просеку се годишње покрене 122,6 поступка за накнаду штете због повреде права конкуренције. Просек се односи на период 2005–2007, када је укупно покренуто 368 парница, а у 37,2% случајева, тужиоци су успешно окончали поступак.¹⁶ Процењује се да је у периоду 2004–2009. покренуто више од 1.300 парница, дакле више од 200 парница годишње.¹⁷

У Великој Британији је у периоду 2005–2012. покренуто 85 парница (у просеку 10,6 парница годишње), од чега је 41 пар-

¹³ Вид. *ibid.*; William F. Shughart, „Private Antitrust Enforcement: Compensation, Deterrence, or Extortion?“, *Cato Review of Business & Government* Fall/1990, 54; Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online, Antitrust cases filed in U.S. District Courts, by type of case 1975–2012, Table 5.41.2012, http://www.albany.edu/sourcebook/ind/ANTITRUST.Court_cases_Federal.Cases_filed.2.html, 18. јул 2014.

¹⁴ Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online, Table 5.41.2012.

¹⁵ Joshua P. Davis, Robert H. Lande, „Toward an Empirical and Theoretical Assessment of Private Antitrust Enforcement“, *Seattle University Law Review* 3/2013, 1275.

¹⁶ Вид. Sebastian Peyer, „Private Antitrust Litigation in Germany from 2005 to 2007: Empirical Evidence“, *Journal of Competition Law & Economics* 2/2012, 338–339 и 352–353.

¹⁷ OECD, *Roundtable on the Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies, Germany*, Note by the Delegation of Germany, бр. DAF/COMP(2011)25, <http://www.oecd.org/daf/competition/QuantificationofHarmtoCompetition2011.pdf>, 20. јул 2014, 101 фн. 25.

ница успешно или делимично успешно завршена за тужиоце.¹⁸ У случају *2 Travel Group v. Cardiff City* досуђена је нпр. накнада од 93,8 хиљада фунти,¹⁹ а у случају *Albion Water Limited v. Dŵr Cymru Cyfyngedig* накнада од 1,85 милиона фунти.²⁰ У *Шпанији* су у периоду 1999–2012. покренуте укупно 323 парнице (просечно 23 парнице годишње), од чега је више од половине покренуто у претходне 4 године, а само у 2011. години су покренута 52 поступка. Поступци су у 94% случајева покренути самосталним тужбама за накнаду штете, а проценат успешности свих поднетих тужби је 26%.²¹ Досуђене накнаде се значајно разликују, а могу да достигну и милионске износе (нпр. у случају *Individual v. Endesa*, досуђена је накнада од 1.030 евра; у случају *Iasist v. 3MEspaña* – 194.089 евра; у случају *Conduit v. Telefónica* – 639.003 евра; у случају *Nestlé e.a. v. ACOR* – 1,1 милион евра; у *Electra Caldense v. Enher* – 3,1 милиона евра; *Nestlé e.a. v. Ebro Foods* – 4,1 милиона евра; *France Telecom España v. Euskaltel* – 178 милиона евра).²²

Према подацима из 2012. године, у *Републици Србији* покренут је само један поступак за накнаду штете на основу решења Комисије за заштиту конкуренције о повреди конкуренције, али је тај поступак у застоју зато што Управни суд одлучује о жалби на решење Комисије о повреди конкуренције, тако да се може рећи да пракса приватног спровођења права конкуренције у Србији још увек не постоји.²³

4. ОСЛОБАЂАЊЕ ПОКАЈНИКА ОД ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ *PRO ET CONTRA*

Може се закључити да приватно спровођење права конкуренције представља веома значајан елемент политике заштите конку-

¹⁸ Barry J. Rodger, „Competition law litigation in the UK courts: a study of all cases 2005 2008 Part I“, *Global Competition Litigation Review* 2/2009, 95 96; Barry J. Rodger, „Competition law litigation in the UK courts: a study of all cases 2009 2012“, *Global Competition Litigation Review* 2/2013, 57 58.

¹⁹ *2 Travel Group PLC (in liquidation) v Cardiff City Transport Services Limited* [2012] CAT 19, 5. јул 2012.

²⁰ *Albion Water Limited v Dŵr Cymru Cyfyngedig* [2013] CAT 6, 28. март 2013.

²¹ Francisco Marcos, „Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999 2012)“, *Working Paper IE Law School AJ8 202*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2351770, 20. јул 2014, 8 9.

²² Вид. *ibid.*, 20, 24 26 и 31; Fernando Cachafeiro, „Damages Claims for Breach of Competition Law in Spain“, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2456964, 20. јул 2014, 11 14.

²³ Велимир Живковић, „Улога српских удружења потрошача у поступцима за накнаду штете због повреде права конкуренције“, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2190543, 20. јул 2014, 132 фн. 4.

ренције и важан инструмент политике према рестриктивним споразумима, будући да могућност подношења тужбе за накнаду штете може да одврати учеснике на тржишту од закључивања рестриктивних споразума. Ефекат одвраћања настаје због тога што се за учеснике у рестриктивном споразуму увећава тежина, односно укупна очекивана вредност казне (*новчана казна и накнада штете*), па учесници на тржишту имају мањи подстицај да ступе у дослук на тржишту. Уколико уз претњу високим новчаним казнама, истовремено постоји ризик, односно опасност да се надокнади евентуална штета оштећеним лицима, која може бити вишеструко већа него новчана казна коју изриче тело надлежно за заштиту конкуренције, умањује се вероватноћа да ће се формирати дослук на тржишту, што значи да политика према рестриктивним споразумима може да се ослања и на тужбе за накнаду штете.²⁴

Међутим, када се тужба подноси против тржишног учесника који је ослобођен од казне или коме је казна умањена, може се поставити питање колика је снага ефеката одвраћања учесника на тржишту од закључивања рестриктивних споразума, будући да могућност подношења тужбе за накнаду штете неминовно има ефекте са супротним дејством и тиме умањује делотворност покајничког програма. Могућност подношења тужбе дестимулише учеснике у рестриктивном споразуму да пријаве тај споразум и на тај начин уруше постигнути дослук, што значи да решење према којем се против покајника може поднети тужба доприноси одрживости, односно стабилности рестриктивних споразума и умањује вероватноћу да ће рестриктивни споразуми бити откривени, односно увећава вероватноћу да ће бити склопљени.²⁵

²⁴ Значај тужбе за накнаду штете може бити умањен због тога што обавеза плаћања високих новчаних износа може бити превише строга казна за учеснике у рестриктивном споразуму. Уколико се у парничном поступку у потпуности надокнади настала штета, претходно плаћена новчана казна би у том случају представљала „вишак“ казненог оптерећења учесника у рестриктивном споразуму. То значи да тужба за накнаду штете може имати ефекат прекомерне генералне превенције (*overdeterrence*) и утицати на умањење друштвеног благостања. Вид. Joshua P. Davis, Robert H. Lande, „Defying Conventional Wisdom: the Case for Private Antitrust Enforcement“, *Georgia Law Review* 1/2013, 70 и даље; Wouter P.J. Wils, „Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice“, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102, 28. август 2014, 18-22; G. J. Werden, S. D. Hammond, B. A. Barnett, 209-211.

²⁵ Вид. и Caroline Cauffman, „The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages“, *Competition Law Review* 2/2011, 183; Cornelis Canenbley, Till Steinvorth, „Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?“, *Journal of European Competition Law and Practice* 2/2011, 320-322; G. Spagnolo (2005), 28-29; Frederik Silbye, „A note on antitrust damages and leniency programs“, *European Journal of Law and Economics* 3/2012, 692 и даље.

Приликом разматрања да ли да пријаве споразум у којем учествују, тржишни учесници узимају у обзир не само тежину, односно износ новчане казне и вероватноћу да она буде извршена, него и могућност да против њих буде поднета тужба за накнаду штете, као и износ накнаде штете који би платили, и тек након тога процењују да ли им се исплати да сарађују са телом за заштиту конкуренције, с обзиром на одређену вероватноћу да ће морати да одговарају за насталу штету. Учесници у рестриктивним споразумима имају отуда мали подстицај да пријаве споразум, јер не могу да избегну одговорност за евентуалну штету, што значи да се оваквим решењем не подстиче нестабилност рестриктивних споразума, а што је сврха покајничког програма. На тај начин се слабе ефекти покајничког програма и у одређеној мери умањује заштита конкуренције на тржишту, с обзиром на то да се постојећим решењем заправо учвршћује постигнути дослух између учесника на тржишту, а тиме увећава и вероватноћа постизања дослуха.

Иако се чине покушаји да се одређеним решењима заштити положај покајника у парничном поступку и ублаже негативни ефекти тужбе за накнаду штете на покајнички програм, то није довољно да се такви негативни ефекти неутралишу. Да би се покајнику пружио одговарајућа заштита у парници и тиме сачували подстицаји и поверење тржишних учесника који су спремни да открију забрањени споразум, посебним правилима се регулише (и предлаже) заштита поверљивих података, односно доказа о пријављеном споразуму и изјава које су учесници у споразуму дали како би били ослобођени од казне. Тим правилима се ограничава увид у списе предмета тела надлежног за заштиту конкуренције, па се од откривања доказа из списка предмета изузимају изјаве покајника и докази о рестриктивном споразуму које су они доставили.

Ипак, чини се да та решења нису делотворна и да представљају изузетно слабу заштиту за учесника који је пријавио споразум,²⁶ и да нису подстицајна за учеснике у рестриктивном споразуму. Пријављивањем споразума у којем је учествовао, тржишни учесник је самим тим признао постојање рестриктивног споразума и своје учешће у њему, чиме се фактички парнични поступак своди на процену настале штете која треба да се надокнади, будући да нема потребе да се доказује улога покајника у рестриктивном споразуму. Постојање рестриктивног споразума и улога туженог у споразуму већ је доказана његовим претходним признањем, тако да околност да поједини докази неће бити доступни тужиоцу, тј. оштећеном лицу, не утиче на доказну снагу признања туженог. Признање туженог је најснажнији доказ постојања рестриктивног споразума, будући да представља

²⁶ Слично и С. Canenbley, Т. Steinvorh, 322 и 325; С. Cauffman, 215.

сведочење самог учесника у споразуму, а управо се такав доказ обезбеђује покајничким програмом, као најједноставнијим начином за прибављање информација, односно доказа о постојању рестриктивног споразуму.

То значи да се пријавом рестриктивног споразума његов учесник у потпуности „разоткрива“ пред оштећеним лицима и налази се у непосредној опасности да поверљиве информације на основу којих је доказан рестриктивни споразум буду откривене трећим, односно оштећеним лицима. Проблем дакле настаје зато што учесник у рестриктивном споразуму признаје своје учешће у том споразуму да не би платио новчану казну, а због тог признања ће истовремено морати да надокнади евентуалну штету која би могла бити вишеструко већа од износа новчане казне од које је ослобођен, тако да *de facto* својим признањем не остварује никакве погодности, односно нема подстицај да пријави рестриктивни споразум.

Може се зато закључити да се правилима о одговорности покајника за накнаду штете може обесмислити покајнички програм, пошто учесници у рестриктивном споразуму, због опасности од обавезе накнаде штете оштећеним лицима, нису стимулисани да открију споразум и сарађују се телом надлежним за заштиту конкуренције. Учесници у рестриктивном споразуму нису спремни да учествују у покајничком програму под наведеним околностима, чиме се умањује вероватноћа откривања рестриктивних споразума и у великој мери слаби политика заштите конкуренције, с обзиром на то да се рестриктивни споразуми, нарочито картели, по правилу, могу открити пре свега сведочењем самих учесника у картелу. Ослобађање од грађанскоправне одговорности би у том смислу представљало додатни подстицај учесницима у рестриктивном споразуму да га пријаве и доставе доказе о њему, чиме би се олакшало откривање и доказивање рестриктивних споразума и унапредила заштита конкуренције.

У настојању да се сагледају позитивни ефекти које би ослобађање од одговорности за штету имало на делотворност покајничког програма, морају се анализирати и негативни ефекти које такво решење има на остваривање права на накнаду штете оштећених лица. Оштећеним лицима се таквим решењем делимично ускраћује заштита, с обзиром на то да тада не би могли да надокнаде штету од једног или више учесника који су пријавили споразум, већ само од оних учесника који не учествују у покајничком програму. Зато су веома снажни аргументи који се наводе у прилог постојећем решењу, према којем сви учесници у рестриктивним споразумима морају да одговарају за накнаду штете насталу спровођењем рестриктивних споразума. Пошто се ради о одговорности више лица за исту штету коју су та лица проузроковала заједно, сви учесници у рестриктив-

ном споразуму одговарају солидарно. Према правилима о регресу исплатиоца, учесник који исплати више него што износи његов удео у штети, може тражити од сваког од осталих учесника у споразуму да му накнади оно што је платио за њега.²⁷

Наведени аргументи наглашавају неправичност решења према којем би покајник био ослобођен од одговорности за штету,²⁸ полазећи од тога да се таквим решењем задира у права трећих лица и да се оштећена лица лишавају једног од својих основних права – права да надокнаде штету коју су претрпели, посебно због ризика од инсолвентности преосталих учесника у рестриктивном споразуму од којих би се захтевала штета. Оваква мишљења се чине оправданим, јер се таквим решењем умањује заштита потрошача, односно купаца, а заштита или благостање потрошача сматра се једним од најважнијих циљева права конкуренције, поред заштите конкуренције на тржишту. Осим тога, спровођењем рестриктивних споразума оштећени су управо потрошачи и купци, јер су куповали производе по вишим ценама. Затим се указује на то да је ослобађање покајника од одговорности за штету неправично и због тога што би учесници у рестриктивном споразуму који не учествују у покајничком програму сносили већу одговорност за штету, пошто као исплатиоци не би имали право регреса према оним учесницима који би били ослобођени одговорности за штету.

Ипак, потребно је нагласити да се, у случају ослобађања покајника од одговорности за штету, оштећена лица не лишавају права да надокнаде штету, будући да им се тиме не ускраћује њихово право, већ се само смањује број лица против којих се може поднети тужба за накнаду штете. Оштећеним лицима остаје право да штету надокнаде од осталих учесника у рестриктивном споразуму, који нису ослобођени од новчане казне, односно којима казна није умањена, посебно од иницијатора рестриктивног споразума, будући да он (бар према праву Републике Србије) не може бити учесник у покајничком програму. Уколико би оштећена лица на тај начин успела да надокнаде штету, онда се не би могло тврдити да им предложено решење ускраћује заштиту. Право на накнаду штете се дакле не би смело ускратити оштећеним лицима, али би оштећена лица тада могла да надокнаде штету само од учесника у рестриктивном споразуму који нису пријавили споразум. Због тога би се могло рећи да се ослобађањем покајника од одговорности за штету може делимично ускратити заштита оштећеним лицима, и то само у случају када оштећена лица не успеју ни на који начин да надокнаде ште-

²⁷ Вид. ЗОО, чл. 206, ст. 1. и чл. 208, ст. 1.

²⁸ Вид. Wouter P. J. Wils, „The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages“, 2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1296458, 20. јул 2014, 31.

ту од преосталих учесника у споразуму. Што се тиче аргумента да је предложено решење неправично за учеснике у споразуму који не учествују у покајничком програму, на њега би се могло одговорити објашњењем да је и сâм покајнички програм неправичан за учеснике који у њему не учествују, будући да се они кажњавају за исту повреду прописа у погледу које се покајник ослобађа од новчане казне, али се тада не поставља питање основаности покајничког програма, јер се сматра да је заштита конкуренције важнија од заштите појединачних интереса.

Може се отуда закључити да је питање односа покајничког програма и одговорности за штету насталу спровођењем рестриктивног споразума изузетно сложено и контроверзно питање: с једне стране, неспорно је да постојеће решење, према којем покајник одговара за штету, умањује делотворност покајничког програма, а с друге стране, прихватање решења да се покајник ослободи одговорности за штету може у одређеној мери нарушити правни поредак, с обзиром на то да се задире у права трећих, оштећених лица. Због тога се у литератури и пракси предлажу алтернативна решења, према којим би се ипак задржала одговорност покајника за штету, али би се на други начин увећали, односно сачували подстицаји учесницима на тржишту да пријаве споразум у којем учествују како би се умањили негативни ефекти тужбе за накнаду штете.

Поред већ поменутог предлога да се ограничи увид у списе предмета надлежног тела за заштиту конкуренције, Европска комисија предлаже и да ослобођени учесник одговара за насталу штету само према директним или индиректним уговорним партнерима, под условом да оштећено лице не може да надокнади штету од осталих учесника у рестриктивном споразуму.²⁹ Ово је у ствари компромисно решење, које представља комбинацију два предлога: предлога да покајник одговара за штету само према директним или индиректним уговорним партнерима и предлога да покајник одговара за штету само ако остали учесници у споразуму нису солвентни, односно само ако штета не може да се надокнади од њих.³⁰ Затим се у литератури предлаже увођење права регреса покајника, као исплатиоца, да од осталих учесника у споразуму захтева исплату накнаде од 100%, или посебног права покајника на умањење износа накнаде штете (*rebate on damage*), када би се пријава споразума телу

²⁹ Вид. предлог Директиве о правилима накнаде штете због повреде права конкуренције (Directive of the European Parliament and of the Council 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), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0404&from=EN>, 20. јул 2014, чл. 6(1)(a) и 11(1).

³⁰ Вид. С. Cauffman, 210-214.

за заштите конкуренције и сарадња покајника са овим телом узимала нпр. као олакшавајућа околност приликом утврђивања висине штете или би се на други начин ограничио максимални износ накнаде.³¹ Предлаже се и увођење посебног, јединственог поступка у којем би се истовремено кажњавали учесници у рестриктивном споразуму и одмеравала штета коју је потребно надокнадити,³² мада се у таквом поступку не би остваривала грађанскоправна заштита, будући да се предлаже да тело за заштиту конкуренције врши процену штете, а да се утврђени износ плати поред новчане казне. Постоји и мишљење да је ослобађање покајника од одговорности за штету непотребно за делотворан покајнички програм, јер се атрактивност покајничког програма може увећати строжом казненом политиком, тј. повећањем износа запређене новчане казне.³³

Међутим, ниједно од понуђених решења не решава проблем негативних ефеката које подизање тужбе за накнаду штете има на делотворност покајничког програма, јер се предложеним решењима само умањује износ евентуалне накнаде, а при томе се не уклања ризик од подизања тужбе за накнаду штете. Да би се створио оптималан покајнички програм, потребно је максимизовати подстицаје учесницима у рестриктивном споразуму да пријаве тај споразум и тиме изиграју дослух,³⁴ а то није могуће постићи све док се учесници који су ослобођени од новчане казне или којима је казна смањена не ослободе и одговорности за насталу штету.

Последњи предлог се у том погледу чини посебно неприхватљив, јер се политика према рестриктивним споразумима не може заносити само на строгим казнама, тј. на строгој казненој политици.³⁵ Иако високе казне могу одвратити учеснике на тржишту од закључивања рестриктивних споразума, оне некада нису довољне да спрече закључивање нових споразума. Приликом разматрања да ли да закључе забрањени споразум, учесници на тржишту не процењују само висину запређене казне, него и вероватноћу да она буде изречена и извршена, што зависи од вероватноће откривања тог споразума.³⁶ То значи да строга казнена политика неће бити делотворна, уколико постоји мала вероватноћа да забрањени споразум буде откривен и

³¹ Вид. *ibid.*, 208 210 и 214 215.

³² Вид. С. Canenbley, Т. Steinvorth, 324 326.

³³ Вид. W. P. J. Wils (2008), 31.

³⁴ G. Spagnolo (2008), 293; Julien Sauvagnat, „Are leniency programs too generous?“, *Economics Letters* 3/2014, 325.

³⁵ Може се упутити и критика да овакав предлог може имати и ефекте прекомерне генералне превенције, с обзиром на поштравање казнене политике.

³⁶ Karine Brisset, Lionel Thomas, „Leniency Program: A New Tool in Competition Policy to Deter Cartel Activity in Procurement Auctions“, *European Journal of Law and Economics* 1/2004, 5 6.

да се новчана казна изврши. За учеснике у рестриктивном споразуму битна је дакле очекивана вредност казне, односно вероватноћа откривања споразума, а ако се покајник не ослобађа одговорности за штету, ништа није учињено да се увећа вероватноћа откривања споразума, чиме се умањује делотворност покајничког програма.

Ослобађање од одговорности за штету био би тај додатни подстицај, па се зато чини да је оптимално решење да се оштећеним лицима не ускрати право на накнаду штете, али да се обавеза накнаде штете ограничи само на учеснике у споразуму који не учествују у покајничком програму, с обзиром на то да би учеснике у покајничком програму требало ослободити од одговорности за штету. Тиме би се учесници у споразуму мотивисали да споразум пријаве, а оштећена лица би задржала своја права. Можда би се могло размислити о предлогу да се одговорности за штету ослободи само онај учесник који је први пријавио споразум, тј. који је ослобођен новчане казне, а да учесници којима је казна умањена остану одговорни за штету. На тај начин би се могла побољшати заштита оштећених лица, с обзиром на проширење броја лица против којих се може поднети тужба, а додатно би се подстакла нестабилност споразума, јер би се учесници у споразуму могли „борити за прво место“ како би у потпуности избегли обавезу накнаде штете.

Ослобађање покајника од одговорности за штету и јачање покајничког програма може се отуда правдати снажнијим интересом заштите конкуренције на тржишту од заштите појединачних интереса оштећених лица, с обзиром на то да је покајнички програм један од најважнијих инструмената политике заштите конкуренције. Заштита конкуренције, као јавног интереса, сматра се важнијом од остваривања права на накнаду штете настале због повреде права конкуренције, јер је заштита конкуренције један од најважнијих услова за развој тржишне привреде, односно један од начина да се успостави ефикасно тржиште које ће омогућити остваривање економске ефикасности и увећање друштвеног благостања. Пошто конкуренцију на тржишту није могуће заштитити без делотворног покајничког програма, намеће се закључак о потреби јачања покајничког програма, што није могуће постићи обавезивањем покајника да надокнаде насталу штету, него само њиховим ослобађањем од грађанскоправне одговорности.

5. ЗАКЉУЧАК

Проблем односа покајничког програма у праву конкуренције и одговорности покајника за штету због спровођења рестриктивног споразума, као што је већ наведено, јесте контроверзно питање,

будући да, с једне стране, унапређење приватноправне заштите конкуренције умањује делотворност покајничког програма, а да, с друге стране, стварање оптималног покајничког програма није могуће без ослобађања покајника од грађанскоправне одговорности, иако је такво решење неправично са становишта оштећених лица. Међутим, постојеће решење (према којем је покајник одговоран за штету) не доприноси заштити конкуренције, јер *de lege lata* умањује подстицаје учесницима у рестриктивном споразуму да га пријаве и да сарађују са телом надлежним за заштиту конкуренције, што значи да доприноси одржању и закључивању рестриктивних споразума.

Оптимално решење неће бити пронађено све док се учесници у рестриктивном споразуму буду суочавали с претњом да ће након њихове сарадње за телом за заштиту конкуренције против њих моћи да се поднесе тужба за накнаду штете којом се могу захтевати изузетно високе накнаде. Ослобађање од одговорности за штету би у том смислу створило додатни подстицај за учеснике у рестриктивном споразуму да га пријаве и допринело би јачању покајничког програма, а оштећена лица би задржала своје право да штету надокнаде од осталих учесника у споразуму, који нису ослобођени од новчане казне и којим казна није умањена. Неопходно је дакле водити рачуна о овом проблему приликом вођења политике према рестриктивним споразумима, јер се његово потцењивање може негативно одразити на делотворност покајничког програма и заштиту конкуренције.

Ivana Rakić, LL.M

Research Assistant

Institute of Comparative Law, Belgrade

LENIENCY PROGRAMME AND LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY COMPETITION LAW INFRINGEMENTS

Summary

The article analyses the relationship between the leniency program in competition law and liability for damages for breach of competition rules and their interaction. The author points out that current rules on private actions for damages reduce incentives for cartel participants from applying for leniency, and therefore undermine leniency programmes. In addition, the author also explains that granting leniency recipients im-

munity from liability in follow-on actions for damages deprives partially the victims of competition law infringements of their subjective right to claim compensation for the harm caused to them.

Key words: *Leniency program. – Damage claims. – Immunity from liability in damage action. – Competition law infringement. – Competition law.*