

Борис Беговић
Владимир Павић

Шта је то
конкуренција
и како се штити?

ЦЛДС

Борис Беговић
Владимир Павић

Шта је то конкуренција и како се штити?

© Борис Беговић и Владимир Павић

Издавач
Центар за либерално-демократске студије

За издавача
Бошко Мијатовић

Графички дизајн и припрема за штампу
Политика новине и магацини

Лектура и коректура
Политика новине и магацини

Штампа
Политика а.д.

Тираж
90.000

ISBN 978-86-83557-56-1

2010.



European Bank
for Reconstruction and Development

Ову књигу је финансијски подржала Европска банка за обнову и развој. Ставови изнесени у овој књизи су искључиво ставови аутора и они не морају да буду ставови Европске банке за обнову и развој.

Supported by a grant from the European Bank for Reconstruction and Development. The opinions expressed in this book are those of the authors and do not necessarily reflect the views of the Bank.

Предговор

Никада до сада нисмо писали публикацију за толико много читалаца. Наши уобичајени текстови препуни су дугачких реченица, за које се трудимо да буду прецизне, а не лепе, као што су препуни стручних правних и економских израза, па их углавном читају они који то, из различитих разлога, морају. Покушали смо да овога пута напишемо нешто друго – текст који ће заинтересовати и оне који не морају да га читају. Сматраћемо за јако велики успех уколико после читања (делимичног, а ми се надамо и не само делимичног) одложите ову публикацију и сами себи кажете „Па ово и није тако лоше!“. Или, уколико, док читате неко од поглавља, помислите „Сада ми је јасно због чега је...“. Онда ће сврха ове публикације бити испуњена.

Захваљујемо свима онима који су прочитали прву верзију текста и побољшали је својим коментарима и сугестијама. Захваљујемо Европској банци за обнову и развој (*European Bank for Reconstruction and Development, EBRD*) на финансијској подршци. Наравно, нико од оних без којих ове публикације не би ни било овакве каква јесте не сноси било какву одговорност за евентуалне грешке или за вредносне судове изнесене у њој.

Нама је писање овог текста било велико задовољство. Надамо се да ће те читајући га осетити макар само један део тог задовољства.

Београд, марта 2010.

Борис Беговић
Владимир Павић

Садржај

1. Шта је то конкуренција и зашто да се штити?	5
2. Рестриктивни споразуми	12
3. Доминантан положај и његова злоупотреба	21
4. Контрола концентрација	29
5. Тело за заштиту конкуренције	35
6. Примена закона о заштити конкуренције	39

1. Шта је то конкуренција и зашто да се штити?

Јасно је шта је то конкуренција

На први поглед, уопште и не треба постављати ово питање. Па сваком је, независно од било какве дефиниције, јасно шта је то конкуренција! Ипак, постоје бројне заблуде о томе шта је то конкуренција, а понекад су те заблуде распрострањене и међу званичницима тела којима је поверено да штите конкуренцију. Због тога је потребно јасно одредити садржај појма конкуренције.

Конкуренција представља надметање играча у тржишној утакмици

Конкуренција представља надметање играча у тржишној утакмици, односно она представља садржај те утакмице. Конкуренти се међусобно такмиче ко ће да произведе, односно да понуди управо оно што купци траже, да при истој цени понуде квалитетнији производ, односно да при истом квалитету производ понуде по нижој цени. Не чине конкуренти („учесници на тржишту“, како их назива домаћи Закон о заштити конкуренције) то због тога што су алтруисти и што због тога воде рачуна о интересима купаца, већ због тога што само уколико надмаше своје конкуренте могу да очекују оно што их једино интересује: већи профит. Дакле, конкуренцију треба схватити као процес надметања конкурената. То надметање ствара конкурентски притисак – притисак који један конкурент осећа од стране свих осталих. Управо тај притисак ствара подстицаје за економску ефикасност: да се производи управо оно што је потребно, да се то производи боље, квалитетније и уз што мање трошкове. И управо је тај притисак основни покретач свих учесника на тржишту да буду бољи него што јесу, односно основни покретач привредног напретка. Тамо где постоји снажна конкуренција, постоји и такав напредак.

А када сви дају свој максимум, онда имамо и добру трку и добар резултат

Уколико и даље нисте убеђени да је управо конкуренција то што омогућава привредни напредак, поставите себи питање: због чега се најбољи резултати на атлетској трци, рецимо на 100 метара, постижу на највећим такмичењима? Из једног једноставног разлога: због тога што је управо на тим такмичењима најјача конкуренција. На њима се појављују сви најбољи атлетичари и онај ко у таквим условима жели да постигне добар пласман мора да да све од себе, мора да да свој максимум! А када сви дају свој максимум, онда имамо и добру трку и добар резултат, а не само победника.

Уколико нема конкурентског притиска, онда има лаког живота за изабране

Мало ко може да спори налазе из претходних пасуса о томе да је конкуренција пожељна. И ту долазимо до првог проблема у погледу конкуренције, оног којег је уочио нобеловац Џорџ Стиглер (George Stigler), упоредивши конкуренцију са јутарњом гимнастиком – физичким вежбама. Нико не спори да су оне изузетно здраве за оног који вежба, али се (готово) сви труде да их избегну! Заиста, потпуно је

природно човеку да се труди да избегне конкуренцију, односно конкурентски притисак. Тада се, заиста, далеко лакше и мирније живи. И управо се у овом пориву крије потреба за политиком заштите конкуренције, будући да су многи спремни да уложи знатан напор како би је нарушили, односно како би себе заштитили од конкурентског притиска. Јер, уколико нема конкурентског притиска, онда има лаког живота за изабране, али нема економске ефикасности, као ни привредног и друштвеног напретка. И то је оправдање за постојање државне политике заштите конкуренције, односно закона којим се она штити.

Треба рашчланити механизме којима конкуренција увећава економску ефикасност

Будући да је потребно да се конкуренција штити, треба рашчланити механизме којима конкуренција увећава економску ефикасност, односно, као последицу тога, друштвено благостање. Прво, конкуренција, тј. притисак који она ствара, доводи до алокативне ефикасности, што значи да се производи управо оно што је потребно (што купци желе да купе) и то у оној количини која је потребна. Друго, конкуренција омогућава производну ефикасност, што значи да се то што се производи, производи уз најниже могуће трошкове по јединици производа. Треће, конкуренција, начелно посматрано, омогућава динамичку ефикасност, што значи улагања у побољшање производа и процеса производње, што ће у будућности довести до задовољавања оних потреба које у овом тренутку нису задовољене уз најниже могуће трошкове. Коначно, што се често заборавља, конкуренција има изузетно важну селективну функцију, којом се раздвајају успешна и неуспешна (неефикасна предузећа) – неуспешна предузећа напуштају грану, често тако што одлазе у стечај. Ово раздвајање здравих и не толико здравих предузећа од кључне је важности за одржавање економске ефикасности и унапређење друштвеног благостања. Ништа није горе за благостање једног друштва, односно благостање пореских обвезника једне земље, него дугорочни опстанак губиташа – неефикасних предузећа! А управо слободна, неспутана конкуренција представља својеврсног „ђубретара“, који омогућава да град сваког дана буде свеж и чист.

Прва заблуда лежи у томе што се конкуренција везује за број конкурената

Ово све је требало написати због тога што постоје многе заблуде у погледу појма конкуренције. Поменимо неке. Прва заблуда лежи у томе што се конкуренција везује за број конкурената, па се закључује: што је већи број конкурената, то је снажнија конкуренција. Наравно, уколико се пореди ситуација у којој постоји само једно предузеће и ситуација у којој постоји велики број предузећа, јасно је да у случају монопола (на кратак рок посматрано) нема конкуренције, али генерализација у погледу везе између броја конкурената и интензитета конкуренције није добра. Једно од тржишта у Србији на коме је најинтензивнија конкуренција, тј. конкурентски притисак који осећају учесници на тржишту, јесте оно мобилне телефоније. На њему постоје свега три компаније, при чему једна од њих можда и има доминантан положај. На светском плану једно од тржишта са најинтензивнијом конкуренцијом је тржиште великих, комерцијалних путничких авиона на коме постоје само два произвођача: Боинг (Boeing) и Ербас (Airbus). Ипак, конкурентски притисак који они један другом стварају резултује бројним иновацијама и побољшањима понуде, укључујући и обарање трошкова. Извесно је, дакле, да је понекад надметање неколико великих конкурената на тржишту далеко интензивније него надметање великог броја малих.

Од кључне је важности да нови конкуренти могу лако да уђу у привредну грану

Друга заблуда је поимање конкуренције као статичке категорије: колика је стварна конкуренција у посматраној привредној грани, односно на посматраном тржишту у овом тренутку? Одговор на ово питање може веома брзо да се промени – конкуренција је динамичка категорија. Стога је кључно да се поред стварне, постојеће конкуренције у посматраном тренутку у обзир узме и потенцијална конку-

ренција, она коју чине сви они који су потенцијално заинтересовани да уђу на тржиште – нови уласци, како их својим жаргоном називају економисти. Због тога је од кључне важности да се лако улази на тржиште, односно да нови конкуренти могу лако да уђу у привредну грану. Нови конкуренти се понекад доживљавају као слаби, нејаки, који се суочавају са јаким, одавно успостављеним, постојећим конкурентима, али то никако не мора да буде случај. Нови улазак на тржиште може да представља пословни потез неке веома добро позициониране фирме. На пример, Теленор представља нови улазак на тржиште фиксних телекомуникација у Србији, а ради се о (у светским размерама) веома снажној компанији.

Држава својом политиком ограничава број конкурената

Лакоћа којом нови конкуренти улазе на тржиште зависи од баријера уласку на то тржиште, односно привредну грану. Уколико, на пример, држава својом политиком ограничава број конкурената, онда постоји непремостива баријера уласку и нема потенцијалне конкуренције – додељен је монопол и нико нови не може да уђе у ту грану, односно не може да постане конкурент онима који већ обављају ту делатност. Једина шанса за улаз је промена државне политике на том плану. Управо су овакве, административне баријере уласку, произашле из државне политике, кључне за разматрање потенцијалне, па тиме и укупне конкуренције у одређеној грани.

Слобода уласка у грану кључни је предуслов постојања, односно успостављања конкуренције

Слобода уласка у грану, односно баријере том уласку, кључна је и за разматрање начина на који се успоставља равнотежа на било ком тржишту. За разумевање тог начина потребно је разликовати две врсте профита. Један је тзв. нормалан профит, тј. онај профит који се може присвојити у било којој грани у којој постоји конкуренција. Самим тим, предузетнику је потпуно свеједно у којој грани остварује нормалан профит. Целокупан износ профита који је изнад нормалног, изнад оног који се остварује у било којој грани у којој постоји конкуренција представља тзв. економски профит или ренту. Будући да сваки предузетник, односно капиталиста жели да максимизује профит који присваја, он жели да уђе у грану у којој се присваја економски профит. А улазак нових конкурената и интензификација конкуренције у таквој грани доводе до „расипања“ економског профита и његовог свођења на нормални. Слобода уласка у грану, односно непостојање баријера таквом уласку, кључни је предуслов постојања, односно успостављања конкуренције, далеко важнији него број конкурената који се тренутно налазе у грани. Број учесника на тржишту и њихово тржишно учешће може да буде zgodна информација за почетак анализе интензитета конкуренције на тржишту, али не сме да буде основа за доношење закључака.

Политика заштите конкуренције треба да представља управо то – политику заштите конкуренције, а не политику заштите конкурената

Трећа заблуда о конкуренцији је истовремено и заблуда о циљу политике конкуренције. Наиме, економска теорија је још давно понудила теоријску концепцију савршене конкуренције – савршена конкуренција не постоји у стварности, већ искључиво у џбеницима економске теорије. На аналитичком плану, она је од велике користи, будући да онима који уче економију омогућава да спознају све оне механизме којима се успоставља равнотежа на тржишту, којима се изједначавају понуда и тражња. Ова теорија даје одговор на питање шта се то дешава на тржишту и како конкурентски притисак доводи до решења којима се максимизује економско благостање. Ипак, опис теорије савршене конкуренције није идеал на основу кога се може водити политика заштите конкуренције – заблуда је да политика заштите конкуренције треба да доведе до успостављања савршене конкуренције. Политика заштите конкуренције треба да спречи оно нарушавање конкуренције које доводи до умањење друштвеног благостања, независно од тога колико је жељена тржишна структура далеко од савршеног тржишта. Постоји, дакле, оно нарушавање конкуренције, углавном краткорочно, које не доводи до умањења дру-

штвеног благостања, већ, напротив, до привредног напретка. Такво нарушавање конкуренције не треба да се спречава, већ треба да се омогући. Веома битно разјашњење: политика заштите конкуренције треба да представља управо то – политику заштите конкуренције, а не политику заштите конкурената. На ову елементарну ствар се често заборавља. А та заблуда има веома тешке последице – уколико се штите конкуренти, нарушава се конкуренција!

Монопол је ситуација у којој на страни понуде постоји само један привредни субјекат

Одговор на питање шта је то конкуренција може да се добије и анализом њене супротности. Супротност савршеном тржишту је монопол – ситуација у којој на страни понуде постоји само један привредни субјекат, само један произвођач, односно продавац. Није ни чудо што се политика заштите конкуренције понекад назива и антимонополском политиком. Иако се у свакодневном говору под монополом подразумева више ствари, економска наука је у том погледу прецизна – уколико постоји више од једног привредног субјекта, нема монопола. Монопол се односи на стање, односно положај привредног субјекта (то да је једини на страни понуде), а не на његово понашање. Због тога је изјава директора једног предузећа „Ми нисмо монополисти, будући да се не понашамо као монополисти“, не само нетачна, него и потпуно промашена. Они јесу монополисти, а да ли се понашају као монополисти или не, друго је питање.

Како се понашају монополисти?

Међутим, кључна су питања како се понашају монополисти и зашто такво њихово понашање није добро за друштво у целини, односно за друштвено благостање. Како се понашају монополисти? Исто као и сва друга (приватна) предузећа, односно као и сви други предузетници – максимизују профит који присвајају, односно понашају се тако да присвоје највиши могући профит. Разлика између њих и оних који послују у условима конкуренције лежи управо у условима у којима то чине, односно шта је то што могу да чине.

Монополисти могу да (одрживо) подигну цену свог производа изнад (граничних) трошкова – они имају тржишну моћ

У условима конкуренције цена је задата, параметарска величина – одређена је на тржишту. Ма шта један произвођач чинио, он својим потезима не може да утиче на цену. Надметање конкурената на савршеном тржишту доводи до тога да се изједначавају цена производа и трошкови његове понуде (тзв. гранични трошкови, трошкови понуде додатне јединице производа). Насупрот томе, монополисти могу да (одрживо) подигну цену свог производа изнад (граничних) трошкова – за њих се каже да имају тржишну моћ. А, уколико је цена изнад граничних трошкова, односно уколико постоји тржишна моћ, умањује се обим потрошње, будући да не постоји нити један други произвођач, односно продавац који може да исти производ понуди по нижој цени. Уколико ЕПС повећа цену струје, нити један потрошач не може да оде код неког другог продавца струје, па неминовно умањује своју потрошњу.

Промена цене и количине у односу на ситуацију у којој постоји конкуренција доводи до губитка благостања потрошача

Потрошња се умањује због феномена који се назива ценовна еластичност тражње – што је виша цена, мања је количина коју потражује појединачни потрошач, односно опада количина укупне (тржишне) тражње. Стога повећање цене монополисте доводи до обарања продате количине. И обрнуто, обарање понуђене, односно продате количине доводи до раста (равнотежне) цене. Оваква промена цене и количине у односу на ситуацију у којој постоји конкуренција, доводи до губитка благостања потрошача, будући да они за исти број јединица истог производа морају да издвоје више сопственог дохотка, па им мање дохотка остаје за куповину осталих производа.

Увећање благостања монополисте недовољно је да компензује пад благостања потрошача

Но, поставља се питање да ли је повећање благостања монополисте, услед тога што присваја економски профит, односно монополску ренту, исто онолико колики је губитак благостања потрошача. Уколико би то био случај, не би дошло до губитка друштвеног благостања – оно што су изгубили потрошачи, добио би монополиста. Неко би,

можда, проценио да таква прерасподела благостања није праведна, али је извесно да би се у овом случају радило искључиво о прерасподели, а не о губитку благостања. Међутим, економска теорија је недвосмислено показала да неминовно долази до губитка благостања, односно да је увећање благостања монополисте недовољно да компензује пад благостања потрошача. Другим речима, неминовно долази до расипања благостања. Овакав губитак благостања који је последица погрешне алокације ресурса, назива се алокативни губитак. Иако је теоријски неспоран, емпиријски је потврђен, али су емпиријска истраживања, усредсређена пре свега на развијене земље, показала да ова врста губитка благостања услед монопола није велика (углавном неколико процената бруто домаћег производа, увек испод пет одсто).

„Најслађи од свих монополских профита је миран живот“

Друга врста губитка благостања услед монопола, односно недостатка конкуренције произлази управо из недостатка конкурентског притиска – расту трошкови по јединици производа, тј. јавља се производна неефикасност. Као што је још давно утврдио нобеловац Џон Хикс (John Hicks), „најслађи од свих монополских профита је миран живот“. Но, неко ће поставити питање: да ли се и власник монополског предузећа нешто пита о томе? Наиме, увећани трошкови монополског предузећа који произлазе из „мирног живота“ запослених умањују профит који власник присваја. И ту долазимо до чињенице да су монополисти углавном велике компаније, акционарска друштва у којима су раздвојени власништво и управљање, па се јавља проблем корпоративног управљања – власници нису у могућности да добро контролишу оне које су унајмили да воде њихово предузеће, па је стога неминовно да расту трошкови и пада профит. Стога се и одржава производна неефикасност монопола.

Монополиста нема подстицаја да се бави истраживањем и развојем

Постоји и динамичка неефикасност монополисте: он нема подстицаја да се бави истраживањем и развојем, односно да унапређује сопствени производни процес у најширем смислу речи – зашто би то радио уколико је једини на тржишту! Стога је кључно питање да ли се могу надати да ће тај монополски положај да остане и у будућности. Одговор на ово питање може да створи подстицаје да учине нешто на том плану – да уложе ресурсе како би себи обезбедили монополски положај и у будућности.

Сама могућност да се постане монополиста представља најснажнији подстицај за истраживање и развој

Да ли је сваки монопол исти са становишта динамичке ефикасности? Није, будући да управо монополски положај, односно монополска рента која се може присвојити при таквом положају представља снажан подстицај предузећима, односно предузетницима да улажу у истраживање и развој, односно да увећавају економску ефикасност свог предузећа. Дакле, сама могућност да предузеће постане монополиста представља најснажнији подстицај за истраживање и развој, односно за унапређење производног процеса и побољшање понуде у најширем смислу речи.

Монопол као механизам којим се остварује економски напредак

Монополски профит, дакле, представља подстицај за истраживање и развој, односно за технолошки напредак, а изузетан економски напредак човечанства у последња два века, односно незабележен привредни раст који је довео до драстичног увећања богатства у највећем броју земаља света, у највећој мери може се објаснити технолошким напретком. Овај налаз осветљава монопол из потпуно другог угла – монопол као механизам којим се остварује економски напредак. Наравно, не због тога што су монополисти алтруисти, него управо због тога што нису – због тога што их интересује само максимизација сопственог профита, овог пута на дуги рок посматрано. Због тога су спремни да (у садашњости) снесу трошкове, да улажу у истраживање и развој, како би (у будућности) присвајали монополски профит.

Подстицај лежи у одговарајућој заштити резултата њиховог истраживања и развоја

Један од предуслова за такав подстицај лежи у одговарајућој заштити резултата њиховог истраживања и развоја, односно у заштити иновација које су настале на основу те инвестиције. И ту се долази до патента, односно до заштите интелектуалне својине. Наиме, патентна заштита омогућава оном који је заштитио своју иновацију, нови производ или нови начин производње познатог производа, да једини примењује резултате свог истраживања и развоја.

Овим се монопол претвара у нешто сасвим друго

Без патентне заштите нема монопола, а без монопола, наравно, нема монополског профита, па нема ни подстицај за истраживање и развој, што значи да нема технолошког напретка, а то значи да се губи основа за економски напредак и просперитет. Овим се монопол претвара у нешто сасвим друго. Да ли то значи да патентна заштита треба да траје бесконачно, да онај који је инвестирао у истраживање и развој треба „довијека“ да ужива монополски положај?

Економски напредак заснива на ширењу нових технологија, односно дифузији технолошког напретка

Не, наравно! Између осталог и због тога што се економски напредак заснива на ширењу нових технологија, односно дифузији технолошког напретка. А за то је потребно да патентна заштита траје што краће. Насупрот томе, да би се створили подстицаји да се улаже у истраживање и развој, потребно је да патентна заштита траје што дуже. Другим речима, прекратка патентна заштита одвраћа од улагања у истраживања и развој, а предуга патентна заштита успорава дифузију технолошког напретка. Задатак је законодавца да стога одмери „праву меру“ и избалансира ова два супротстављена циља.

Конкуренција је оно што доводи до тога да конкуренти морају да трче да би (барем) стајали у месту

Међутим, предузећа не улажу само у иновације које могу бити заштићене патентом. Многе ствари не могу да се заштите на тај начин. Нова организација, нови начин пружања услуге, нови начин комуницирања са купцима, све то представља иновације којима се подиже продуктивност производних фактора у том предузећу, па тиме и у друштву у целини. То не може да се заштити, али се они који се упуштају у то надају да ће моћи на тај начин – супериорним пословним резултатима – да елиминишу конкуренте. Овакав монопол, чак и уколико настане, није одржив попут патентног, али могућност да се одређено време присваја монополски профит ипак представља подстицај предузећима да се понашају на овај начин и да улажу и у оне иновације које се не могу патентно заштитити. Страх од других који такође могу да улажу условљава да је потребно константно улагати у иновације да би се задржао садашњи положај на тржишту – а то и јесте смисао конкуренције. Конкуренција је оно што доводи до тога да конкуренти морају да трче да би (барем) стајали у месту!

Многи монополи су последица државне интервенције којом се подижу баријере уласку конкурената

Многи монополи, међутим, нису последица истраживања и развоја, односно унапређења производног процеса и унапређења понуде. Многи су последица државне интервенције којом се подижу баријере уласку конкурената, односно којом се неком додељује ексклузивно право да обавља одређену делатност – на пример, да само једно предузеће прерађује нафту. Будући да ће то предузеће, таквим монополом, присвајати монополски профит, односно ренту, оно је спремно да уложи ресурсе (не само новац, него и капитал и рад) да заиста дође до поменутог институционалног решења. Другим речима, спремно је да уложи поменуте ресурсе како би утицало на то да власт формулише и примењују такву државну политику којом ће успоставити административни монопол управо тог предузећа. Овакво понашање се назива трагање за рентом, а оно доводи до расипања (монополске) ренте. Уместо да уживају у својој економској ренти, монополисти морају да плаћају лобисте и сличне професионалце који ће им омогућити описане привилегије. Овим се рента претвара у трошкове (расипа се), што додатно умањује друштвено благостање.

Конкуренција у условима природног монопола не само да није пожељна, већ није ни одржива

Да ли је монопол увек лош? Да ли постоје ситуације (осим већ поменутог патента, односно иновација) у којима конкуренција може да буде гора од монопола? Да ли постоје ситуације у којима конкуренција није одржива, него ће, на дуги рок, неминовно доћи до успостављања монопола? Једна од таквих ситуације јесте природни монопол, ситуација у којој доминира економија обима – појава при којој са порастом обима производње падају трошкови по јединици производа. Због тога се и долази до ситуације да економски није рационално да се, на пример, једно подручје водом снабдева са две паралелне мреже, односно да свако домаћинство има два водоводна прикључка. Чак и да постоје два водоводна предузећа која опслужују исто подручје, постојање економије обима ствараће подстицај за увећање обима производње, што ће довести или до тога да један конкурент преузме другог (евентуално да дође до њиховог спајања у нови привредни субјекат), или до стечаја и ликвидације једног од конкурента. Укратко, конкуренција у условима природног монопола не само да није пожељна, већ није ни одржива.

Треба бити опрезан при одговору на питање да ли се у неком конкретном случају заиста ради о природном монополу

Природни монопол није појава којом треба се бави политика заштите конкуренције (будући да у таквим делатностима конкуренција није одржива), већ се јавља потреба за економском регулацијом монополисте. Међутим, треба бити опрезан при одговору на питање да ли се у неком конкретном случају заиста ради о природном монополу. Многи монополисти би да добију придев „природни“, надајући се да се политика заштите конкуренције неће односити на њих. Чак и да је одређена привредна делатност у једном тренутку природни монопол, то не значи да ће она то бити у будућности, будући да се мењају фактори који утичу на економију обима: технологија и тражња. Управо због тога фиксна телефонија (односно фиксне телекомуникације), које су неспорно биле природни монопол пре двадесетак година, данас већ одавно то нису.

Нема једноставних рецепата

Добро, добро, да ли сада можемо рећи шта то представља нарушавање конкуренције? Да ли постоји једноставан механизам на основу којег можемо доћи до одговора на то питање? Нема једноставних рецепата на основу којих се може одговорити на то питање!

Постоје многи који су, због свог економског профита и „мирног живота“, спремни да наруше конкуренцију

Покушали смо да разјаснимо шта је то конкуренција и због чега је треба штитити? Она је надметање, а треба да се штити из два разлога. Зато што је конкуренција предуслов економског напретка сваке земље и зато што постоје многи који су, због свог економског профита и „мирног живота“ спремни да је наруше. Сада, пошто смо разјаснили ове две ствари, можемо да кренемо у разматрање основних облика нарушавања конкуренције.

2. Рестриктивни споразуми

Рестриктивни споразум је споразум којим се ограничава, односно нарушава конкуренција

У претходном поглављу смо разјаснили да конкуренти имају подстицаје да избегну, односно да бар ограниче међусобну конкуренцију, да умање конкурентски притисак који трпе и да, на тај начин, присвајају монополски профит и уживају у „мирном животу“. Будући да се више не поставља питање мотива, сада се поставља питање начина на који конкуренти то могу да учине. Прво средство које им стоји на располагању јесте рестриктивни споразум – споразум којим се ограничава, односно нарушава конкуренција.

Циљ оваквог споразума је практично успостављање монопола, додуше са више „монополиста“

Како функционише рестриктивни споразум? Којим механизмом конкуренти успевају да ограниче, односно избегну конкуренцију између себе? Најједноставнији пример споразума ове врсте је, једноставно, споразум којим се конкуренти усагласе да престану да се међусобно такмиче и договоре се о свим битним параметрима њиховог пословања, пре свега о продајним ценама и количинама. Циљ оваквог споразума је практично успостављање монопола (додуше са више „монополиста“), са свим оним погодностима које монопол има за његове учеснике и са свим оним трошковима које има за друштво у целини.

Конкуренти се договоре о цени која је једнака монополској цени

Механизам оваквог, најједноставнијег и најогољенијег рестриктивног споразума врло је једноставан: конкуренти се договоре о цени која је једнака монополској цени, договоре се о одговарајућој количини укупне (тржишне) понуде и како се она дели између њих самих, па онда сваки од учесника таквог договора присваја монополски профит пропорционално свом обиму производње. Постоји још један практичан начин за ову врсту симулације монопола. То је директно одређивање обима производње (оног који одговара монополској цени), односно одређивање продајне квоте за сваког произвођача, при чему је та квота неминовно мања од оног износа који би тај произвођач производио у условима слободне конкуренције на тржишту. На тај начин се ограничава укупна, тржишна понуда, што услед постојања ценовне еластичности тражње (појаве да са растом цена опада количина тражене робе), неминовно доводи до увећања цене, омогућава формирање монополског профита. Коначно, учесници рестриктивног споразума могу да се договоре и о подели тржишта. Уместо да на целом тржишту конкуришу једни другима, поделом тржишта свако од њих постаје монополиста на оном делу тржишта који му је оваквом поделом додељен. Посебна врста рестриктивног споразума је изигравање сврхе јавног надметања (аукције или тендера), тако што се договором конкурената одређује ко побеђује на таквом надметању и под којим условима (којој понуђеној цени), будући да сви остали преузимају обавезу да понуде неповољније услове за онога ко спроводи јавно надметање.

<p>Економска теорија овакву ситуацију назива дослухом, а организациони облик тог дослуха назива картелом</p>	<p>Рестриктивни споразум којим се наведеним механизмима практично успоставља монопол, макар само на делу тржишта, може да буде изричит споразум конкурената, онај који је настао у директној и отвореној комуникацији две стране. Економска теорија овакву ситуацију назива дослухом, а организациони облик тог дослуха назива картелом. Изричит споразум је неспоран као кршење права конкуренције – потребно је само открити да постоји, а онда је лако доказати наведено кршење закона. Насупрот оваквом рестриктивном споразуму, закон о заштити конкуренције познаје и категорију прећутног споразума (прикривени дослух) и усаглашене праксе, што је, начелно посматрано, теже доказати од изричитог споразума. Судска пракса земаља које имају вишедеценијско искуство у примени оваквих одредаба закона даје неке смернице у овом погледу, али је извесно да кажњивост прикривеног дослуха, односно усаглашене праксе ствара додатну неизвесност привредним субјектима.</p>
<p>Негативни ефекти картела на друштвено благостање исти су као и ефекти монопола</p>	<p>Задржимо се, неко време, на картелу. Негативни ефекти картела на друштвено благостање исти су као и негативни ефекти монопола – у погледу економске неефикасности савршени картел (онај који обухвата све учеснике на једном тржишту) истоветан је монополу, али за разлику од монопола који настаје на иновацијама (без обзира на то да ли су заштићене патентом или не), картел не ствара динамичку ефикасност, тј. нема никакве позитивне ефекте. Стога се пред оне који одлучују о политици заштите конкуренције поставља питање: како онемогућити картел? Уколико не може да се спречи његово настајање, да ли бар нешто може да се учини на плану његове одрживости, односно шта може да се учини да се картел што пре сам уруши?</p>
<p>Који су то предуслови потребни за формирање и одржавање картела?</p>	<p>Одговори на ова питања, који треба да представљају основу за формулисање оног дела политике заштите конкуренције која се бави картелима, заснивају се на одговору на следеће питање: који су то предуслови потребни за формирање и одржавање картела? Први предуслов те врсте односи се на могућност присвајања монополског профита. Будући да картел представља симулацију монопола („монопол“ са више завереника), ово питање може да се реформулише у следеће: да ли на одређеном тржишту монопол уопште може да настане и да се одржи?</p>
<p>Први предуслов за настајање, односно опстајање монопола јесте постојање баријера уласку</p>	<p>Први предуслов за настајање, односно опстајање монопола јесте постојање баријера уласку. Уколико такве баријере не постоје, сама чињеница да постоји монополски профит, онај профит који је већи од профита који се може остварити у осталим гранама (онима у којима влада конкуренција), довешће до тога да ће у ту грану, односно на то тржиште улазити нови конкуренти, па ће нестати и монопол и монополски профит – тржиште ће се вратити у услове конкуренције. Због тога политика заштите конкуренције пажњу треба да обрати на оне привредне гране у којима постоје велике баријере уласку, без обзира на то да ли се ради о правним (административним) или економским (фактичким) баријерама уласку. Уколико такве баријере не постоје, не постоји ни основни предуслов за успостављање, односно одржавање монопола, па тиме не постоји ни основни предуслов за настанак и опстанак картела.</p>
<p>Правне баријере уласку последица су различитих државних политика</p>	<p>Правне баријере уласку последица су различитих државних политика којима се постижу или бар треба да се постигну разнородни циљеви. Наиме, они који формулишу те политике (пре свега законодавна власт) веома често заборављају на њихове последице на конкуренцију у посматраним делатностима. Велики број монопола, односно картела створиле су, формирањем правних баријера уласку, управо државне политике.</p>
<p>Економске баријере уласку не могу да се промене административно</p>	<p>Економске баријере уласку заснивају се на технолошким ограничењима у најширем смислу речи. То не значи да се ради о некој високој технологији, то само значи да постоје одређене баријере које не</p>

могу да се промене административно, тиме што се промени неки пропис, односно нека државна политика. На пример, економску баријеру представља високо учешће транспортних трошкова у укупним трошковима у неким гранама, попут цементне индустрије. То значи да, на пример, увоз оваквог производа, начелно посматрано, није исплатив, будући да домаћи произвођачи сnose мање транспортне трошкове, па стога могу да понуде нижу цену и, на тај начин, „избаце“ из конкуренције увозни цемент. Наравно, технолошки напредак доводи до тога да се мењају економске баријере уласку. На пример, баријере уласку у телефонију пре неколико деценија биле су велике, будући да је било потребно да се положи цела мрежна инфраструктура и да се обезбеди тзв. „интеркoneкција“, тј. да сви корисници једне мреже могу обострано да комуницирају са свим корисницима друге мреже. Увођење бежичних телекомуникационих технологија (уз одговарајуће државно регулисање питања интеркoneкције) уклонило је ту баријеру уласку, тако да се данас међусобно надмећу оператори који користе бежичну и жичну технологију.

Иреверзибилни трошкови су они трошкови који се не могу надоместити уколико се престане са обављањем одређене делатности

Посебну врсту баријера уласку чине тзв. иреверзибилни трошкови – они трошкови који се не могу надоместити уколико се престане са обављањем одређене делатности. Велика инфраструктурна мрежа, на пример, фиксна телефонска мрежа, уколико оператор услед лоших резултата пословања напусти грану, односно обављање ове делатности, нема алтернативну намену, не може се никоме продати, што значи да је инвеститор, односно онај који је том инвестицијом ушао у грану на губитку. Будући да се пословне одлуке доносе са погледом у будућност и да предузетници узимају у обзир овај сценарио, сама чињеница да постоје велики иреверзибилни трошкови одвраћа инвеститоре од уласка у грану, што значи да ти трошкови представљају баријеру уласку. Иреверзибилни трошкови су далеко раширенији него што се то на први поглед чини. Не односе се само на инфраструктурне гране или, на пример, рударство (само копање рудника је инвестиција која се не може „повратити“ када се рудник затвори), већ на многе друге гране. Улагање у рекламну кампању за промоцију и тржишно „позиционирање“ једног производа представља иреверзибилни трошак. Уколико се напусти грана, та инвестиција се не може „повратити“.

Постојање довољно блиских супститута онемогућава стварање монопола, односно монополско понашање

Следеће релевантно питање са становишта успостављања монопола је оно о постојању довољно блиских супститута производу чије тржиште може да буде кандидат за монополизацију. Наравно, без великих доказа се може прихватити налаз да постојање довољно блиских супститута онемогућава стварање монопола, односно монополско понашање. Наиме, уколико, услед монополског понашања, порасте цена једног производа, потрошачи ће се, будући да долази до раста његове релативне цене, преоријентисати на потрошњу другог производа, његовог блиског супститута, што значи да ће монополиста остати не само без монополског профита, него му се може догодити да не покрива своје трошкове, односно да послује са губитком. Због тога је принуђен да обори цену свог производа на почетни ниво, што значи да монополско понашање, једноставно, није одрживо.

Чињеница да постоји монопол у случају производа који има довољно блиске супституте није довољан услов за монополско понашање

Шта су примери блиских супститута? Има их много: то су летовања на мору и на планини, путер и маргарин, грејање даљинско, грејање на гас и грејање на струју (условљено, наравно, политиком цена), то су различити видови саобраћаја, друмски, железнички, авионски итд. Интернет и телевизија све више постају супституту па интернет веза може да се оствари коришћењем алтернативних начина, односно блиских супститута: кабловски интернет, бежични интернет, ADSL итд. Врло је вероватно да ће буран технолошки напредак у овој области веома брзо да донесе и нова техничка решења, односно нове супституте. Дакле, постоји обиље релативно блиских супститута,

тако да чињеница да постоји монопол у случају производа који има довољно блиске супституте није довољан услов за монополско понашање – будући да конкуренција између супститута ипак постоји. У саобраћају се, на пример, ова врста конкуренције назива интер-модалном конкуренцијом. За њено функционисање кључно је да се умање трошкови преласка са једног производа на други. Што су мањи ти трошкови, то су супститути ближи.

Највеће погодности са становишта умањења трошкова преласка са једног производа на други ствара техничка стандардизација производа

То се може размотрити на примеру авионског превоза између два града: Београда и Франкфурта, на пример. Постоје два производа, у овом случају услуге које су блиски супститути, једно је лет домаћом компанијом, а друго је лет Lufthansom. Путници који имају Lufthansin frequent flier програм и на основу тога стичу одређене погодности (бесплатне летове), имаће трошкове преласка на Jat Airways. Авионске компаније су и увеле програме лојалности купаца како би увећале трошкове преласка на блиски супститут – лет неке друге, конкурентске компаније. Највеће погодности са становишта умањења трошкова преласка са једног производа на други ствара техничка стандардизација производа, што значи да су производи свих произвођача међусобно заменљиви. Сви рачунари, на пример, имају исти формат периферијских уређаја, тако да прелазак са једног на други рачунар не значи да ће се изгубити могућност коришћења периферијских уређаја које корисник већ поседује. Због тога је Dell веома близак супститут HP-у – лако се прелази са једног на други, између осталог и због тога што имају исти USB прикључак.

Могућност монополског понашања, међутим, представља потребан, али не и довољан услов да би се картел успоставио

Дакле, уколико постоји могућност да се успостави монопол, односно монополско понашање, постоји могућност и да се формира картел. Могућност монополског понашања, међутим, представља потребан, али не и довољан услов да би се картел успоставио, односно довољно дуго одржао. Неколико основних карактеристика картела је од кључне важности да би се добили одговори у погледу довољних услова за њихово настајање и опстајање. Те карактеристике делују и на једно и на друго – једноставно, пословни људи не желе да се упуштају у нешто што нема шансе да се одржи.

Сваки учесник картела, односно рестриктивног споразума ове врсте, има подстицај да изигра тај споразум

Прва карактеристика јесте да сваки учесник картела, односно рестриктивног споразума ове врсте, има подстицај да изигра тај споразум. Ради се о веома једноставном подстицају. Картел предвиђа да сваки његов учесник мора да ограничи обим своје производње. Било директно или индиректно, увек се успостављају квоте за производњу, односно продају. Уколико нема таквог ограничења понуде, нема ни симулације монопола, односно нема ни увећања цене. У таквим условима, један учесник картела може, уколико увећа своју продају, да увећа и свој профит на рачун свих других учесника. Наиме, уколико само мало обори продајну цену испод монополске, он може да привуче практично целокупну тражњу и да истисне све остале конкуренте, односно партнере у дослуху. Дакле, сваки учесник картела има веома снажан подстицај да га изигра и да на тај начин максимизује свој профит – уколико дође до изигравања картела, долази до његовог распадања. Дакле, што је већа могућност за изигравање картела, мања је његова одрживост – картели нису стамене структуре, већ их поткопавају њихови учесници. Два кључна чиниоца одређују колика је могућност за изигравање картела: то су лакоћа откривања тог изигравања и могућност да се казни онај који је изиграо картел. Откривање изигравања картела није само себи сврха – његова сврха лежи у кажњавању оних који су изиграли своје партнере у дослуху, а то је мотивисано и осветом и превенцијом, како би се спречило неко будуће изигравање. Уобичајена казна за изигравање картела је рат цена, до кога долази са распадом картела, чиме се онај који је изиграо картел гура у финансијске губитке и могућ стечај, односно ликвидацију.

Картел је споразум који је законом забрањен, па је правно ништав и кажњив

Друга карактеристика картела јесте да је тај споразум законом забрањен. Из те чињенице произлази неколико последица. Прво, овај споразум је правно ништав, што значи да уколико неко од учесника картела не испуњава своје уговорне обавезе, остали учесници не могу од суда да захтевају да заштити права која из њега тобож произлазе, да „изиграним“ члановима картела суд досуди „штету“ коју су претрпели или на који други начин учини да овакав споразум производи ефекте. Стога сами учесници картела морају да воде рачуна о овим стварима, а од државе у томе не могу очекивати помоћ. Друго, будући да је овај споразум законом забрањен, за њега је предвиђена казна. То може да буде новчана казна коју изриче надлежно државно тело, коју може да прати одштета свима онима који су претрпели штету од оваквог споразума (последица парничног поступка који покрене оштећени), а у многим земљама (попут САД) казна може да буде и казна затвором за „одговорна лица“. Будући да је за овакав споразум забрањена казна, рационално понашање (потенцијалних) учесника тог споразума је да приликом пословне калкулације да ли да се уђе у картел узму у обзир трошкове које доноси та казна. При томе, њихово рационално понашање заснива се на томе да се не узима у обзир износ забрањене казне, већ искључиво очекивана вредност казне, тј. забрањена казна коригована вероватноћом њене примене, што у великој мери зависи од вероватноће откривања кршења закона, у овом случају откривања картела.

Први услов који погодује настанку и опстанку картела је мали број конкурената

Имајући све ово у виду, поставља се питање који су то услови који погодују настанку и опстанку картела. Први услов те врсте је мали број конкурената: не само да се картел лакше успостави, будући да су релативно мали трошкови (тајног) преговарања, него се лакше и одржи, будући да се умањују трошкови надзора понашања осталих учесника у картелу – мање кошта да се надгледа понашање пет, него пет стотина конкурената. Уз то је за успех картела још важно и то да ли су конкуренти симетрични, односно да ли су приближно исте величине и снаге. Уколико постоји један велики учесник картела, он ће бити у прилици да ратом цена казни остале, релативно мале учеснике, а сам ће да буде прилично отпоран на рат цена који други могу да му наметну као одмазду за његово понашање, па стога казна те врсте неће имати превентивно дејство на његово понашање.

Велика фреквенција набавки, регуларност тих набавки... све то олакшава откривање изигравања картела

Велика фреквенција набавки оног производа чије је тржиште картелисано (насупротив једнократној набавци – авиони се, на пример, купују једном у десет година), регуларност тих набавки, хомогеност производа, која значи лаку упоредивост свих јединица производа које се нуде на тржишту, заједнички дистрибутер производа, све то олакшава откривање изигравања картела. Такође, постојање клаузуле најповлашћеније нације (не односи се само на земље, већ на све привредне субјекте) што означава да продавац гарантује купцу исте услове под којима третира и друге купце, као и клаузуле равнања са конкуренцијом, што означава да уколико један од продаваца прода производ по за купца бољој цени и продавац ограничен овом клаузулом мора да се прилагоди тој цени, олакшавају откривање изигравања картела, па тиме поспешују његов настанак и одржавање. Поред тога, постојање узајамног власништва (уколико је један учесник картела мањински власник других учесника) представља фактор који умањује могућност да дође до изигравања картела, будући да то није у интересу учесника овог рестриктивног споразума.

Постојање вишка капацитета конкурената, као и постојање великих залиха има супротно дејство

Насупрот томе, постојање вишка капацитета конкурената, као и постојање великих залиха у односу на обим продаје, означавају способност да се изигра картел, односно поспешују такво изигравање. Пословна удружења предузећа из исте гране представљају згодан механизам за међусобну комуникацију и размену информација битних за успостављање картела, а нарочито за његово одржавање,

односно за откривање његовог изигравања. То, наравно, не значи да пословна удружења, која обављају читав низ послова којима се увећава економска ефикасност (попут оних послова на побољшању пословне климе), треба забранити. Оно што је битно јесте то да се у одређеним ситуацијама обрати пажња на то да ли се та удружења користе као механизам којим се олакшава успостављање и надзор картела. Коначно, поставља се питање да ли учесници у картелу, осим рата цена, имају још неку могућност да казне непослушне. Насилје је могућност коју користе криминални картели, они споразуми где је ван закона не само споразум, него и делатности којом се баве они који су склопили тај посао. Због тога, криминални картели, попут оних који постоје у производњи наркотика, имају дуговечност као мало који други.

Основа политике према картелима треба да буде отежавање њиховог формирања

Управо се у овим елементима крије основа за државну политику према картелима, односно средствима те политике. Основа те политике треба да буде отежавање њиховог формирања, односно умањење вероватноће њиховог одржавања, тиме што се отежава постизање и једног и другог циља. Један од кључних елемената те политике јесте успостављање веродостојне претње државе да ће картел бити откривен, а његови учесници кажњени.

Потенцијални кандидати за картел процењују не само тежину казне, већ и вероватноћу да је снесе

Каква треба да буде казна? Многи инсистирају на што строжим казнама, сматрајући да ће таква казнена политика да одврати потенцијалне кандидате за картел, па самим тим да онемогући формирање картела. Проблем је међутим, у томе што потенцијални кандидати процењују не само тежину казне, већ и вероватноћу да је снесе, односно вероватноћу да она буде извршена. Уколико је вероватноћа да картел буде откривен и да казна за картел буде извршена мања од, на пример, пет одсто и најстрожа казнена политика неће дати практично никакве резултате.

Најједноставнији начин да се обезбеде информације, односно докази о постојању картела јесте сведочење неког од његових учесника

Стога је потребно да се тела која се баве заштитом конкуренције усредсреде на увећање вероватноће откривања картела, односно прибављања доказа који ће омогућити да се изрекне казна. Најједноставнији начин да се обезбеде информације, односно докази о постојању картела јесте сведочење неког од његових учесника, а то ће се постићи тако што ће се омогућити потпуни или делимични имунитет пред законом за оне који су својом сарадњом омогућили да картел буде откривен, а његови учесници кажњени. Стога се понекад предвиђа да онај који пријави постојање картела пре него што се и посумњало да картел постоји добије потпуни имунитет, док уколико неко пружи информације, односно доказе о постојању картела у ситуацијама у којима је већ започета истрага, добија делимични имунитет. Не само да се оваквим подстицајима увећава вероватноћа откривања картела, односно вероватноћа кажњавања његових учесника, већ се увећава и суревњивост између потенцијалних учесника картела – не прави се картелски споразум са неким на кога сумњате да би сутра све то могао да открије властима. Оваквом политиком имунитета се таква сумња само увећава, односно умањује се вероватноћа склапања картелског споразума.

Предвиђа се могућност да надлежно тело обави ненајављени увиђај просторија

Савремени закони о заштити конкуренције предвиђају могућност да надлежно тело обави ненајављени увиђај просторија (у жаргону се ова мера назива „препадом у зору“), пре свега да би се прегледала пословна документација, у којој се могу наћи неки од доказа постојања рестриктивног споразума. Тиме се, тврде заговорници ове мере, увећава вероватноћа кажњавања учесника картела. Ипак, знајући да је картел забрањен и кажњив, а знајући и за могућност за ненајављени увиђај, мала је вероватноћа да ће учесници оваквог рестриктивног споразума иза себе остављати документацију којом његово постојање може да се докаже на суду.

У нашој земљи је уобичајено да се јавност убеђује да је успостављање картела у интересу јавности, односно потрошача

Но, занимљиво је како се бране они који су ухваћени на делу, без обзира на то да ли је поступак против њих тек започео или је већ при крају. У свету, у оним земљама у којима постоји дуга традиција примене закона о заштити конкуренције, обично се труде да минимизују цео споразум, односно његово значење. Насупрот томе, у нашој земљи је уобичајено да се јавност убеђује да је успостављање картела, у основи, у интересу јавности, односно потрошача. Због тога смо и неколико пута чули да је договор о минималној цени између конкурената био мотивисан једино бригом о квалитету понуде, односно о квалитету онога што ће потрошачи купити. Добро је уколико се оваква објашњења прате подсмехом – не само да га заслужују, већ ће можда тај подсмех условити да се прекине са овако неозбиљном комуникацијом са јавношћу.

Хоризонтални споразум представља споразум између учесника који послују на истом нивоу ланца производње, односно промета

Картел представља хоризонтални споразум – онај споразум између учесника који послују на истом нивоу ланца производње, односно промета. Другим речима, то је споразум између конкурената. Међутим, нису сви хоризонтални споразуми картели. Постоје хоризонтални споразуми који ни на који начин не нарушавају конкуренцију. Постоје и хоризонтални споразуми који јесу рестриктивни, односно који нарушавају конкуренцију, макар на кратак рок, али ипак, нарочито на дуги рок, утичу на увећање економске ефикасности и друштвеног благостања, па чак и на дугорочно јачање конкуренције. На пример, уколико се два произвођача споразумеју да заједнички развијају нови мотор за њихова возила, то можда умањује конкуренцију између та два произвођача, али омогућава технолошки напредак, будући да се претпоставља да произвођачи само, због економије обима, нису могли да развију нове motore. То, на дуги рок, значи повећање економске ефикасности и јачање конкуренције, будући да нови, савременији мотор ствара конкурентски притисак на све оне који нису били обухваћени овим истраживањем и развојем.

Европски тип закона којим се штити конкуренција познаје категорију изузећа

Управо због тога што постоје хоризонтални споразуми који – иако представљају нарушавање конкуренције – макар на дуги рок доводе до повећања економске ефикасности, односно друштвеног благостања, европски тип закона којим се штити конкуренција познаје категорију изузећа. Наиме, хоризонтални споразуми могу бити изузети, што значи да надлежно државно тело овим јасно ставља до знања да такав споразум није противзаконит. Такво изузеће умањује неизвесност са којом се суочавају привредни субјекти.

Појединачно изузеће је захтевно са административног становишта

Проблем је, међутим, у томе што је овакво појединачно изузеће захтевно са административног становишта и што његово добијање захтева ангажовање ресурса, како на страни онога који подноси захтев за изузеће (уговорне стране), тако и, нарочито, оног који треба да размотри тај споразум, његове ефекте на конкуренцију, економску ефикасност и друштвено благостање и донесе одлуку (решење, правним речником исказано) којим се конкретни споразум изузима. За овај проблем постоје три основна решења.

Колективна изузећа се односе на поједине врсте хоризонталних споразума

Прво решење овог проблема представљају тзв. колективна изузећа, тј. она изузећа која се односе на поједине врсте хоризонталних споразума. Самим тим, учесници на тржишту који увиђају да њихов споразум спада у оне споразуме који су дефинисани колективним изузећем, не треба, с једне стране, да предузимају било какве кораке на пријављивању тог споразума и тако троше сопствене ресурсе и ресурсе тела за заштиту конкуренције, а са друге стране, не треба да брину да ли је њихово пословање у складу са законом.

Самовредновање потпуно растеређује администрацију

Друго решење је релативно новијег датума – самовредновање споразума. У потрази за економском ефикасношћу употребе административних ресурса, европско право, односно право Европске уније сада

је отишло у другу крајност и ставило ефикасност испред правне сигурност: нема више захтева за појединачно изузеће, већ је на самим учесницима у споразуму да процене да ли њихов уговор „има више плусева но минуса“ по друштвено блаустање. Овакво самовредновање потпуно растеређује администрацију, али учеснике на тржишту ставља у неугодан положај, нарочито ако се касније испостави да је резултат тог самовредновања био погрешан и да им због тога прети казна. Стога је задржана могућност да се у случајевима за које не постоји преседан у пређашњем историјату спровођења прописа о заштити конкуренције, од администрације затражи неформална процена дозвољености таквог споразума.

Уводи се категорија споразума од малог значаја

Треће решење овог проблема јесте да се уведе категорија споразума од малог значаја. Ово може да се уради тако што закон о заштити конкуренције експлицитно дефинише који су то споразуми од малог значаја (тзв. *de minimis* клаузула), тако да сви привредни субјекти чији (рестриктивни) споразуми спадају у ову категорију могу да буду сигурни да њихови споразуми нису забрањени, односно да њихово пословање не представља кршење закона.

Вертикални споразуми су они споразуми у којима учесници у споразуму послују на различитом нивоу ланца производње, односно промета

Насупрот хоризонталним, вертикални споразуми су они споразуми у којима учесници у споразуму послују на различитом нивоу ланца производње, односно промета – један нешто купује од другог. Један од учесника споразума се налази узводно, тј. даље од финалног потрошача (онај од кога се купује), а други се налази низводно, тј. ближе финалном потрошачу (онај који купује). Учесници вертикалног споразума нису директни конкуренти један другом, будући да, очито, послују на различитим тржиштима. Због тога су вертикални споразуми далеко мање опасни по конкуренцију него хоризонтални, а чак и уколико јесу рестриктивни (уколико нарушавају конкуренцију), веома често не умањују економску ефикасност, односно друштвено блаустање. Постоје чак и оне економске школе које тврде да вертикални споразуми практично не могу да буду рестриктивни, односно да не могу да нарушавају конкуренцију.

Највећи број вертикалних рестриктивних споразума односи се на релације између произвођача и продавца

Највећи број вертикалних рестриктивних споразума односи се на релације између произвођача и продавца (без обзира на то да ли се ради о продаји на велико или мало). Један од највећих проблема произвођача који сами не продају своје производе је како натерати продавца да уложи максималан напор у продају у основи туђег производа, односно како створити подстицаје продавцу да сноси трошкове свега онога што је потребно за добру продају: реклама, истраживање тржишта, одговарајући ниво залиха спремних за испоруку, упознавање и обука купаца у коришћењу производа, услуге пост-продаје итд. Проблем је у томе што, уколико све ове трошкове сноси један продавац, остали продавци могу слободно да уживају погодности које су створили ови трошкови. Уколико је продавац А рекламирао одређени производ, нико не може да спречи продавца Б да увећа продају тог истог производа иако није сносио трошкове рекламирања. Сходно томе, рационална стратегија сваког продавца јесте да чека да онај други понуди оне услуге које су потребне за бољу продају – стратегија „слепог путника“. Исход те стратегије је јасан – нико се, чекајући да то уради неко други, неће бавити свим оним стварима које су потребне како би се производи ефикасно продавали.

Клаузула ексклузивности представља типично вертикално ограничење

Због тога се и уводе различита вертикална ограничења, заснована на рестриктивним споразумима. На пример, клаузуле ексклузивности, тако да се на одређеном подручју овлашћује само један продавац да продаје одређени производ (територијална ексклузивност) или да један продавац може да продаје производе само једног произвођача, а не и његових конкурената (ексклузивно заступање), или да се одређени продавци лишвају могућности да продају одређени

производ (селективна дистрибуција) због тога што се процењује да ће угрозити његову репутацију.

Другу врсту вертикалних ограничења чине она која се односе на малопродајну цену

Другу врсту вертикалних ограничења чине она која се односе на малопродајну цену, при чему произвођач условљава испоруку своје робе за малопродају одређеном ценом коју ће продавац наплаћивати купцима. Такође, у остале врсте ценовних вертикалних ограничења, односно вертикалних рестриктивних споразума спадају и они о нелинеарним ценама робе коју плаћају продавци, попустима на количину, а посебну врсту чине ограничења у погледу минималне или максималне испоручене количине.

Далеко је значајнија конкуренција између произвођача различитих производа будући да то надметање ствара подстицаје за привредни напредак

Велика већина оваквих вертикалних споразума заиста нарушава, односно може да наруши конкуренцију између продаваца. Међутим, са становишта економске ефикасности, односно друштвеног благостања, конкуренција између продаваца који продају исти производ (тзв. конкуренција унутар робних марки – *intra-brand competition*) није од великог значаја. Далеко је значајнија конкуренција између произвођача различитих производа (тзв. конкуренција између робних марки – *inter-brand competition*), будући да то надметање ствара подстицаје за привредни напредак. Далеко је битније да постоји снажна конкуренција између Форда, Тојоте, Пежоа и Фолксвагена, него између дилера било које од тих марки.

Нити један од вертикалних споразума не треба да буде проглашен сам по себи (*per se*) за забрањен, већ сваки треба темељито размотрити

Ипак, треба имати у виду да неки вертикални рестриктивни споразуми могу да буду мотивисани елиминисањем конкурената, па би у случају њиховог успеха била нарушена и конкуренција, односно умањен конкурентски притисак као извор привредног напретка. Због тога је јасно да нити један вертикални рестриктивни споразум не може као такав да се прогласи за пожељан, онај који увећава економску ефикасност, или непожељан, онај који је умањује. Сходно томе, нити један од тих споразума не треба да буде проглашен сам по себи (*per se*) за забрањен, већ сваки треба темељито размотрити. Проблем лежи у томе што постоји невероватно велики број вертикалних споразума које би, сходно овом приступу, било потребно преиспитати. Због тога савремена економска теорија политике заштите конкуренције поставља јасну смерницу: они вертикални споразуми при којима нико од споразумних страна нема тржишну моћ, односно нема доминантан положај на тржишту, не треба да буду предмет интересовања тела за заштиту конкуренције.

Овим прелазимо на следећу битну категорију политике заштите конкуренције: доминантан положај на тржишту и његову злоупотребу.

3. Доминантан положај и његова злоупотреба

Далеко је боље, са становишта оног који жели да избегне конкуренцију, да успостави монопол

Настављамо наш поход кроз богатство идеја како избећи конкуренцију и како водити „миран живот“. Претходно поглавље је показало како се рестриктивним споразумима, пре свега оним хоризонталним, може, макар на неко време, избећи конкурентски притисак. Далеко је боље, са становишта оног који жели да избегне конкуренцију, да успостави монопол – онда је он један и једини. Нема конкурената, па нема ни конкуренције. А већ смо у првом поглављу размотрили какве су последице монопола (који омогућава монополски профит и „миран живот“) по друштвено благостање. Понашање монополисте у правном речнику се означава као злоупотреба монополског положаја и та злоупотреба је усредсређена на купце и њихову експлоатацију, будући да конкуренти не постоје.

Доминантан положај је ситуација у којој учесник на тржишту „нема конкуренцију или је конкуренција безначајна, односно који има знатно бољи положај у односу на конкуренте“

Поред у економској науци јасно дефинисаног монополског положаја, право европских земаља познаје и категорију доминантног положаја. Доминантан положај је ситуација у којој учесник на тржишту, према домаћем Закону о заштити конкуренције, „нема конкуренцију или је конкуренција безначајна, односно који има знатно бољи положај у односу на конкуренте“. Оваква дефиниција је заиста веома широка, па се у помоћ може позвати и Европски суд правде који је у једном од првих случајева које је разматрао у области права конкуренције (случај Hoffman-La Roche, тржиште витаминских препарата) закључио да се доминантан положај односи на учеснике на тржишту „који имају такву снагу која им омогућава да предупреду делотворну конкуренцију на тржишту тиме што себи могу да приуште да се понашају у знатној мери независно од конкурената, купаца и, коначно, потрошача.“

Док је савршено јасно шта је то монопол, остаје нејасно шта је то доминантан положај

Сада већ почињу да се сагледавају проблеми. Док је савршено јасно шта је то монопол (ситуација у којој на страни понуде постоји само један привредни субјект), остаје нејасно шта је то доминантан положај. Циници би рекли да је једино јасно да монополиста има доминантан положај. Савремена економска теорија једноставно не познаје категорију доминантног положаја. Иако постоје нека теоријска истраживања на тему оваквог положаја предузећа, не постоје јединствени налази о томе шта је то доминантан положај и – што је још битније – не постоје јединствени налази о томе како ће се понашати компанија која има доминантан положај и какви ће бити ефекти тог понашања на економску ефикасност и друштвено благостање.

Закон о заштити конкуренције не забрањује доминантан положај

И заиста, кључно је питање како ће се понашати онај који има доминантан положај. Наиме, закон о заштити конкуренције не забрањује доминантан положај као такав, већ искључиво забрањује његову зло-

употребу. Овакво решење је веома разборито. Привредним субјектима треба омогућити да улагањима у истраживање и развој, у развој, побољшањем свог процеса производње, унапређењем наступа на тржишту и сличним активностима, привуку што више купаца, елиминишу конкуренте који су мање економски ефикасни и заузму доминантан положај на тржишту. Уколико би се то забранило, елиминисали би се кључни подстицаји за привредни напредак – практично би се елиминисао конкурентски притисак као основни механизам који привредне субјекте и привреду у целини тера напред. Управо из тог разлога не постоји закон у свету који забрањује монопол – није забрањено, односно кажњиво да се буде монополиста, кажњиво је монополско понашање, односно злоупотреба монополског положаја.

Тржишна моћ може да се искористи на два начина.

Један је да се њоме експлоатишу купци, односно потрошачи – експлоатативна злоупотреба доминантног положаја

Шта спада у злоупотребу доминантног положаја? Једна ствар није спорна при дефинисању доминантног положаја – то је онај положај у коме предузеће има знатну тржишну моћ, то је она способност предузећа да сопствену продајну цену одржи изнад сопствених (граничних) трошкова. Тржишна моћ може да се искористи на два начина. Један је да се њоме експлоатишу купци, односно потрошачи – тзв. експлоатативна злоупотреба доминантног положаја. Због тога европски закони и познају категорију „неправичне цене“, која нема ништа заједничко са друштвеном правдом. Ваљда због тога што многи сматрају да су неправичне цене оне које они сами себи не могу да приуште, по начелу „неправда је када нисам онолико богат колико то желим да будем“, у последње време све се више употребљава израз „прекомерне цене“. То би биле оне цене којима се злоупотребом доминантног положаја остварује одређени монополски профит, односно рента. Механизам је, тврде заговорници овакве политике, исти као и у случају монопола.

Циљ је сваког ко има доминантан положај на тржишту да постане монополиста

Две напомене. Прво, чак да је и механизам исти као у случају монопола, за шта не постоје докази, економски профит, односно рента коју присваја учесник који има доминантан положај на тржишту свакако је мањи него профит који присваја монополиста. Стога је циљ сваког ко има доминантан положај на тржишту да постане монополиста, будући да му то онда омогућава право монополско понашање, односно максимални монополски профит. Другим речима, рационално понашање привредног субјекта који има доминантан положај на тржишту није да експлоатише купце, већ да тај положај искористи да из тржишне утакмице искључи све преостале конкуренте, да успостави монопол, па тек да онда темељито експлоатише купце.

Интервенција на тржишту у оквиру спречавања злоупотребе доминантног положаја путем наплаћивања „прекомерне цене“ исувише подсећа на контролу цена

Друго, задатак политике заштите конкуренције није да се бави контролом цена, нити да контролише („обара“) инфлацију. Задатак те политике јесте да омогући да тржиште функционише на тај начин да учесници на тржишту осећају конкурентски притисак. Интервенција на тржишту у оквиру спречавања злоупотребе доминантног положаја путем наплаћивања „прекомерне цене“ исувише подсећа на контролу цена, па се стога ова врста злоупотребе у европским земљама са дугогодишњом традицијом у примени политике заштите конкуренције веома ретко примењује. Америчко законодавство не забрањује прекомерне цене, без обзира на то какав положај на тржишту има неки учесник тржишне утакмице.

Оваква злоупотреба се назива ексклузионом – усмерена је на искључење конкурентата из тржишне утакмице

Друга врста злоупотребе доминантног положаја је далеко озбиљнија – то су сва она чињења учесника на тржишту којима се доминантан положај користи („злоупотребљава“) како би елиминисао конкуренте, „оснажио (сопствени) доминантан положај“, односно како би се, коначно, успоставио монопол. Оваква злоупотреба се назива ексклузионом – усмерена је на искључење конкурентата из тржишне утакмице. У америчком законодавству се овакво понашање назива монополизацијом. Наравно, успостављање монопола није само се-

би циљ, већ се тада ствара основни предуслов за експлоатацију купаца, присвајање монополског профита и „миран живот“. Ова врста злоупотребе има различите појавне облике (предаторско формирање цена, ценовна дискриминација, везана трговина итд.) о којима ћемо нешто касније, будући да пре тога треба размотрити неке основне појмове везане за само постојање доминантног положаја на тржишту.

Шта је то релевантно тржиште?

Доминантан положај се остварује на тзв. релевантом тржишту. Шта је то релевантно тржиште? То је оно тржиште на коме се осећа конкуренција, односно унутар кога учесници на тржишту осећају притисак других конкурената (уколико их има). Оно се дели на релевантно тржиште производа и релевантно географско тржиште. Релевантно тржиште производа је оно место на коме се сучељавају производи (добра и услуге) конкурената који за купце представљају супституте, односно, како каже домаћи Закон, „које потрошачи и други корисници сматрају заменљивим у погледу њиховог својства, уобичајене намене и цене“. Релевантно географско тржиште представља физички простор на коме се под сличним условима сучељавају производи (добра и услуге) конкурената, односно, како каже домаћи Закон, „територију на којој учесници на тржишту учествују у понуди или потражњи и на којој постоје исти или слични услови конкуренције, а који се битно разликују од услова конкуренције на суседним територијама.“ Без обзира на то што су техничке дефиниције релевантног тржишта релативно сложене, увек треба водити рачуна да је то онај појам унутар кога се осећа конкурентски притисак, како са становишта производа, тако и са становишта простора. Произвођач Focusa (Форд) осећа конкурентски притисак других произвођача који производе аутомобил који је супститут том моделу: Golf (Фолксваген), Stillo (Фиат), 308 (Пежо) итд., а не осећа никакав конкурентски притисак Ламборгинија који је управо на тржиште „избацио“ нови модел. Једноставно онај купац који размишља да ли да купи Focusa не размишља о томе да ли да уместо Focusa купи нови модел Ламборгинија. Исто тако, пекар који има радњу у Његошевој улици број 11 у Београду осећа конкурентски притисак других пекара или радњи које продају мешовиту потрошну робу (претежно прехрамбену), па тиме и хлеб и пециво, које се налазе у непосредној близини његове пекаре, а не осећа никакав конкурентски притисак нове пекарске радње која је управо отворена у центру Крушевца. Онај који станује у Његошевој улици број 5 једноставно не размишља о томе да макар једно јутро скокне до Крушевца по хлеб и пециво.

Мора да се утврди колико је релевантно тржиште

Будући да се доминантан положај остварује на (сада објашњеном) релевантном тржишту, извесно је да пре него што се приступи утврђивању да ли неки учесник на тржишту има доминантан положај или не, мора да се утврди колико је његово тржиште, односно шта све спада у његово релевантно тржиште, како са становишта тржишта производа, тако и са становишта географског тржишта. Тако долазимо до посла дефинисања релевантног тржишта за сваки случај понаособ.

Основни поступак који се користи приликом дефинисања релевантног тржишта је тест хипотетичког монополисте

Основни поступак који се користи приликом дефинисања релевантног тржишта је тест хипотетичког монополисте, који се још назива и тест малог али одрживог повећања цене (ТМОПЦ). На чему се заснива овај тест? Претпоставимо да на тржишту које посматрамо (нека то буде, на пример, тржиште банана у једном граду) постоји (хипотетички) монополиста, дакле да је само један учесник на тржишту на страни понуде. Питање које се поставља је: шта ће се догодити уколико тај учесник на тржишту подигне своју цену за, на пример, пет до десет одсто? Другим речима, поставља се питање да ли се овакво тржиште може монополизovati. Уколико не постоје блиски супститути (бананама), онда ће купци наставити да купују банане (додуше у нешто мањој количини

због постојања ценовне еластичности тражње), али ће монополиста моћи да (трајно) одржи увећање цене. На основу тога се закључује да је управо ово тржиште релевантно тржиште производа. Насупрот томе, уколико постоје супститути банама (уколико су, на пример, киви или ананас, заиста супститути банама), купци ће се после повећања цене окренути супституцима, доћи ће до драстичног пада тражње за банама, а повећање цене хипотетичког монополисте неће бити одрживо: мораће да врати цену на конкурентни ниво како би (финансијски) преживео. Исто се односи на географско тржиште. Питање је, уколико се успостави монопол на тржишту бана у једном граду, да ли ће продавци бана из другог града пласирати тај производ у град у коме се успоставио монопол. Уколико је одговор не, повећање цене је одрживо и ради се о релевантном географском тржишту. Уколико је одговор позитиван, потребно је смањити обухват географског тржишта и поновити тест све док се не добије позитиван одговор. Тада се ради о релевантном географском тржишту.

Тестом малог али одрживог повећања цене истовремено се дефинише релевантно тржиште производа и релевантно географско тржиште

Тест малог али одрживог повећања цене показао се као незаобилазан при дефинисању релевантног тржишта. Њиме се истовремено дефинише релевантно тржиште производа и релевантно географско тржиште. При његовој примени тестира се како заменљивост производа на страни тражње, тако и заменљивост производа на страни понуде. Наиме, ради се о томе што мало повећање цене може да доведе до тога да ће одређени привредни субјекти на страни понуде моћи релативно брзо да реагују тако што ће увећати своју понуду, па повећање цене за хипотетичког монополисту неће бити одрживо. Ипак, поставља се кључно питање како спровести наведени тест.

Потребно је увек водити рачуна да је тест хипотетичког монополисте квантитативни тест

Постоје бројни поступци којима се спроводи овај тест, при чему су неки од њих комплементарни, а неки се употребљавају један уместо другог. Најзначајнији су везани за примену економетријских модела, при чему се, на пример, установљава еластичност тражње производа чије се релевантно тржиште дефинише, или унакрсна еластичност тражње или се тестира корелација између цена различитих производа за које се сумња да су супститути. За све наведене тестове треба обезбедити поуздане податке, без обзира на то да ли се ради о историјским (статистичким) подацима или подацима добијеним анкетом купаца. Није увек могуће прибавити све потребне податке, што не значи да на томе не треба радити – да ли ће неки подаци бити расположиви за одређено време зависи од тога да ли смо данас почели да их скупљамо, тако да „не располажемо подацима“ не може да буде уверљива одбрана. Независно од тога, потребно је увек водити рачуна да је тест хипотетичког монополисте квантитативни тест и да описивање одређеног производа и његовог наводног релевантног тржишта није, односно не треба да буде одговарајућа замена за овај, по својој природи, квантитативни тест.

Тело за заштиту конкуренције треба да штити јавни интерес и да установи колико је заиста релевантно тржиште – да дође до истине

Важно је напоменути и следеће: што је мањи обухват релевантног тржишта, већа је вероватноћа да ће се установити нечији доминантан положај. Насупрот томе, што је већи обухват релевантног тржишта, мања је вероватноћа да ће се установити нечији доминантан положај. Стога је сасвим очекивано да учесник на тржишту за кога се сумња да је злоупотребио доминантан положај има интереса да се релевантно тржиште дефинише тако да има што већи обухват. Уколико се не може показати да неко има доминантан положај на тржишту, не може се ни установити да га је злоупотребио. То, наравно, не значи да тело за заштиту конкуренције треба да има интерес да релевантно тржиште дефинише тако да оно има што мањи обухват. Тело за заштиту конкуренције треба да штити јавни интерес и да, сходно томе, установи колико је заиста релевантно тржиште – да дође до истине. Правнички речено, да утврди чињенице, независно од тога шта произлази из тих чињеница.

Доминантан положај се поистовећује са тржишном моћи – онај који има доминантан положај поседује и (знатну) тржишну моћ

Пошто је утврђено релевантно тржиште, корак који следи је утврђивање постојања доминантног положаја. Већ смо напоменули да и у самом дефинисању појма доминантног положаја постоје проблеми, будући да та категорија нема једнозначно теоријско објашњење, а ти проблеми се неминовно преносе на утврђивање његовог постојања у стварности. Најједноставнији начин за превазилажење овог проблема јесте поистовећивање доминантног положаја са тржишном моћи – онај који има доминантан положај поседује и (знатну) тржишну моћ. При томе треба водити рачуна да многи учесници на тржишту поседују одређену, релативно малу тржишну моћ (способност да продајну цену одрже изнад њихових граничних трошкова, односно изнад цене која би постојала у условима савршене конкуренције), а да постоји одређена граница изнад које поседовање тржишне моћи показује да постоји и доминантан положај на тржишту.

Традиционални приступ се заснива на индиректној процени тржишне моћи и за ту процену се користи неколико показатеља

Овим се поставља питање како одредити тржишну моћ. Традиционални приступ се заснива на индиректној процени тржишне моћи и за ту процену се користи неколико показатеља. Кључни показатељ те врсте је тржишни удео – удео појединог учесника на тржишту у укупном тржишном промету. До овог индикатора се релативно лако долази, будући да су расположиви подаци о тржишном уделу, па то може да објасни његову популарност. Проблем је, међутим, у томе што овај индикатор није добар показатељ интензитета конкуренције, односно тржишне моћи. Разматрања феномена конкуренције у првом поглављу показала су да и учесници на тржишту који имају велико тржишно учешће не морају да имају и велику тржишну моћ, већ могу да трпе велики притисак конкурената. Тржишно учешће Ербаса је (у неким годинама) преко педесет одсто, али овај произвођач авиона трпи огроман притисак конкурента. При томе, треба водити рачуна да је грешка коју генерише тржишни удео као индикатор тржишне моћи асиметрична. Уколико се за неког учесника на тржишту покаже да има мали тржишни удео, уз велику сигурност се може тврдити да је мала и његова тржишна моћ. Насупрот томе, уколико се за неког учесника на тржишту покаже да има велики тржишни удео, одатле не следи да је велика и његова тржишна моћ. Дакле, анализа тржишног удела можда може да буде захвалан први корак анализе, којим ће се неки случајеви (малог тржишног удела) једноставно елиминисати из даљег разматрања, али никако не сме да буде основни елемент анализе којом се долази до закључка о постојању доминантног положаја.

Употреба тржишног удела везана је за још један проблем: начин на који се одређује граница (праг) преко које се установљава постојање доминације на тржишту

Употреба тржишног удела везана је за још један проблем: начин на који се одређује граница (праг) преко које се установљава постојање доминације на тржишту. Неминовно је да се та граница арбитрарно одреди. И колико је то онда? Тридесет, четрдесет или педесет одсто учешћа на тржишту? Добијају се различити одговори у различитим земљама, различити одговори у различитим временима, једино што је извесно то је да ова анализа треба да буде први, а не последњи корак анализе тржишне моћи. А при томе је потребно обратити пажњу и на то како се израчунава тржишни удео. Који се индикатор користи: вредност промета, количина промета, залихе, односно резерве које стоје на располагању, укупан капацитет и вишак капацитета, подаци за једну годину или подаци за више година, екстремне вредности индикатора или просек? Није баш онолико једноставно колико на први поглед изгледа!

Уколико не постоје баријере уласку, само постојање великог тржишног удела једног конкурента не значи да он поседује тржишну моћ

Када се анализом тржишног удела посумња да неки од учесника на тржишту може да има доминантан положај, потребно је да се тај налаз провери анализом баријера уласку на посматрано релевантно тржиште. Већ смо објаснили да уколико не постоје баријере уласку, само постојање великог тржишног удела једног конкурента не значи да он поседује тржишну моћ. Надаље, потребно је размотрити пита-

ње да ли на посматраном релевантном тржишту постоји купац који поседује тржишну моћ. Ради се о томе да се показало да постојање снажног купца, оног који има тржишну моћ на страни тражње, слаби и практично уравнотежава тржишну моћ на страни понуде.

У новије време развијени су методи директне процене тржишне моћи учесника на тржишту

Целокупна анализа тржишне моћи заснована на индиректном приступу пати од бројних слабости, пре свега од великог броја арбитрарности којима се одлучујуће утиче на резултат анализе. Због тога су у новије време развијени методи директне процене тржишне моћи учесника на тржишту. Ови методи се заснивају на економетријским техникама, математичко-статистичким техникама економске анализе, односно на анализи економетријских модела. Досад су развијене и примењују се две врсте економетријских модела. Једну врсту чине економетријски модели еластичности резидуалне тражње. Резидуална тражња је она тражња која преостане када се укупна тржишна тражња задовољи понудом конкурената. Уколико постоји монопол, резидуална тражња је једнака укупној, тржишној тражњи. Надаље, уколико је резидуална тражња еластична, то значи да не постоји тржишна моћ, док уколико је резидуална тражња нееластична, то значи да посматрани учесник на тржишту поседује тржишну моћ. Другим речима, не би требало да буде арбитрарних одлука оних који истражују да ли постоји доминантан положај на тржишту или не.

Базе података се стварају одговарајућим прикупљањем, подаци не падају са неба!

Другу врсту економетријских модела чине модели дискретног одлучивања купца – то су модели којима се долази до информација под којим се условима купци одлучују за куповину једног, односно другог производа, у основи два супститута. Резултати ова два теста се допуњују, тако да је најсигурније да се заједно примењују. Највеће ограничење у примени наведених економетријских тестова представља недостатак потребних података. Међутим, као што је већ наведено, то не може да буде оправдање. Базе података се стварају одговарајућим прикупљањем, подаци не падају са неба! Управо постојање добрих економетријских техника и формулисање поузданих економетријских модела треба да буде подстицај за формирање одговарајућих база података које ће да омогуће директно мерење тржишне моћи на овај начин.

Утврђивање постојања доминантног положаја неког учесника тржишне утакмице је прилично сложено и може да буде контроверзно

Анализа је показала колико је сложено неспорно утврдити постојање доминантног положаја неког учесника тржишне утакмице. Одређивање релевантног тржишта и само установљење доминације на том тржишту, везани су за бројне процедуре, многе од њих су контроверзне, као и неколико кључних арбитрарних одлука, како законодавца, тако и оних који спроводе закон. Укратко, ствари на овом плану су прилично сложене и могу да буду контроверзне. У таквим условима изјаве попут „из авиона се види да Х има доминантан положај“ или „сваком добронамерном је савршено јасно да У има доминантан положај“ представљају лаичке симплификације. Из авиона се виде градови и села, шуме, реке и планине, а доминантан положај се установљава сложеном и контроверзном процедуром.

Нажалост, редослед потеза у стварности, не само нашој, обично је обрнут

Тек када се дође до неспорне дефиниције релевантног тржишта одређеног производа и уколико се утврди да постоји доминантан положај неког од учесника на тржишту (што само по себи никако није забрањено), треба установити да ли је тај учесник евентуално злоупотребљив свој положај. Нажалост, редослед потеза у стварности, не само нашој, обично је обрнут. Прво се посумња да постоји злоупотреба доминантног положаја, па се онда учини све да се утврди да постоји доминантан положај тог учесника на тржишту, а то се веома често чини тако што се релевантно тржиште утврди исувише уско.

Постоји злоупотреба института злоупотребе доминантног положаја

А сумња, односно пријава да неко злоупотребљава доминантан положај може да дође и од конкурената. То је, једноставно, уобичајена пословна стратегија којом се конкуренту увећавају трошкови (трошко-

ви припреме одбране, трошкови ангажовања адвокатске канцеларије као правног заступника итд.), а ствара се и негативан публицитет који може да има лош ефекат на резултате маркетиншке кампање конкурента, односно његове односе са (потрошачком) јавношћу. Ова пракса конкурентског надметања може се назвати злоупотребом института злоупотребе доминантног положаја. Оваква злоупотреба законски не може да се спречи, па стога увек треба водити рачуна о томе да је она могућа.

Који су то облици злоупотребе доминантног положаја?

Но, уколико је све урађено како треба, уколико је на коректан и непристрасан начин дефинисано релевантно тржиште и, потом, утврђено постојање доминантног положаја, поставља се питање: који су то облици злоупотребе доминантног положаја? Већ смо напоменули да експлоатативни облици злоупотребе доминантног положаја, они који су усмерени на купца, нису, односно не треба да буду од велике важности. Далеко су важнији ексклузивни облици злоупотребе, они који су усмерени на конкуренте, односно подривање и нарушавање конкуренције. Који су то најзначајнији облици такве злоупотребе?

Први облик такве злоупотребе је предаторно формирање цена

Први облик такве злоупотребе је предаторно формирање цена. Објаснимо механизам ове злоупотребе. Учесник на тржишту обара своју продајну цену испод својих трошкова и услед тога бележи финансијске губитке. Међутим, овим понашањем тера своје конкуренте да такође оборе цене (иначе ће остати без купаца, односно без прихода од продаје), што такође доводи до (њихових) финансијских губитака. Онај који се упушта у предаторно формирање цена нада се да ће боље поднети финансијске губитке од конкурената, да ће конкуренте „отерати“ у стечај, да ће тиме ојачати свој доминантан положај и, коначно, успоставити монопол, како би онда могао да подигне своје цене на ниво монополских и на тај начин експлоатативно злоупотреби свој монополски положај.

Заблуда је да свако обарање цена представља предаторно понашање

Неколико проблема везаних за ову врсту злоупотребе. Прво, заблуда је да је свако обарање цена, односно да цене које су ниже од конкурентских представљају предаторно понашање у смислу овакве злоупотребе доминантног положаја. Уколико један од конкурената има ниже трошкове, то значи да је он ефикаснији од конкурената, па је са становишта економске ефикасности (селективна функција тржишта), оправдано да их истисне. Да би се утврдило предаторно понашање, потребно је доказати да је предатор оборио своје продајне цене испод својих трошкова. Друго, претња да ће се отворити поступак за утврђивање предаторне злоупотребе доминантног положаја доводи до тога да многе велике компаније, учесници на тржишту који имају доминантан положај, нерадо обарају цене, како не би били оптужени за предацију. Треће, још увек не постоји конзистентна економска теорија предације, тек недавно су се појавили радови који на овај феномен бацају нешто више светла, али су још увек нејасни услови који треба да буду испуњени како би предација била успешна.

Предаторно формирање цена била је основа за принудно разбијање компаније Standard Oil на мање корпоративне целине

Ипак, један од најславнијих случајева у историји примене закона о заштити конкуренције, *US v. Standard Oil*, завршен је тако што је пресуђено да је Рокфелерова компанија крива због монополизације, тј. искључивања конкурената путем предаторног формирања цена. Та пресуда је била и основа за принудно разбијање компаније Standard Oil на мање корпоративне целине. Ипак, каснија анализа ове пресуде донела је бројне аргументе у прилог тезе да у овом случају уопште није ни дошло до предаторног формирања цена.

Ценовна дискриминација је уобичајена појава

Други облик злоупотребе доминантног положаја може да буде ценовна дискриминација. Ценовна дискриминација је ситуација у којој се наплаћују различите цене истим јединицама производа, иако су трошкови њихове понуде идентични. То је уобичајена појава, која се

заснива на два предуслова. Први је да продавац може да сазна колика је највиша цена коју је појединачни купац спреман да плати, а други је да онај ко купи производ по нижој цени не може да га препрода другима по вишој. Економска анализа је показала да у великом броју случајева ценовна дискриминација доводи до увећања друштвеног благостања. На пример, ценовна дискриминација омогућава да они који су спремни да плате мањи износ од јединствене тржишне цене, па тиме уопште не конзумирају одређени производ, услед ценовне дискриминације то почињу да чине.

У највећем броју случајева ценовна дискриминација увећава економску ефикасност, па тиме и друштвено благостање

Извесно је да ценовна дискриминација може да буде механизам којим ће учесник на тржишту који има доминантан положај на једном релевантном тржишту покушати да истисне конкурента на неком другом, повезаном, тако да и на том тржишту успостави доминантан положај. Ипак, не спорећи ову могућност, треба увек водити рачуна у томе да у највећем броју случајева ценовна дискриминација, без обзира на то што се често јавља негативна вредносна конотација речи „дискриминација“, увећава економску ефикасност, па тиме и друштвено благостање.

Везана трговина је случај да се куповина једног производа условљава куповином неког другог од истог произвођача, односно продавца

Везана трговина, случај да се куповина једног производа условљава куповином неког другог од истог произвођача, односно продавца, још је један од механизма којим се може злоупотребити доминантан положај, нарочито у погледу тога да се доминантан положај на једном тржишту жели искористити за стицање доминантног положаја и на другом. При томе треба водити рачуна да у многим случајевима везана трговина представља праксу којом се увећава економска ефикасност, па тиме и друштвено благостање. Управо је то била одбрана Microsofta у вероватно најпознатијем случају примене закона о заштити конкуренције у последњих петнаестак година. Они који су сматрали да је Microsoft везаном трговином злоупотребио доминантни положај (Европска комисија), односно покушао да монополише тржиште интернет претраживача (Министарство правде САД), то су аргументовали на следећи начин (речником европског права конкуренције): Microsoft је, тиме што је интегрисао Internet Explorer у свој оперативни систем Windows, практично везао куповину два производа (оперативног система и интернет претраживача) са циљем да свој доминантан положај на тржишту оперативних система, услед распрострањености оперативног система Windows, искористи како би елиминисао конкуренте на тржишту интернет претраживача (Netscape Navigator, Opera, Firefox, итд.). Европска комисија је пресудила да је Microsoft крив, наложила му је да за европско тржиште развеже Internet Explorer од оперативног система (што је и учињено), плати казну од 497 милиона € и наложила му да свим конкурентима отвори „срце“ (source code) свог оперативног система, како би они могли свој интернет претраживач да прилагоде оперативном систему. Microsoft сматра да би отварање source code Windowsa (управо се у том коду крије цела тајна успешности тог система) било нарушавање заштите његове интелектуалне својине, тако да се надметање две стране наставља. Суд је потврдио одлуку Комисије, а у међувремену је казна увећана.

„Не чинити штету!“ треба да буде начело за примену одредби о злоупотреби доминантног положаја

Чак и површно разматрање основних видова злоупотребе доминантног положаја показује сву сложеност ове проблематике. Најгоре што у тим условима може да се догоди јесте брза и несмотрена примена законских одредби, нарочито уколико надлежно тело има мало искуства. „Не чинити штету!“ треба да буде начело за примену ових одредби. То начело, можда више него било где другде, треба да се примењује у случају контроле концентрација, теме следећег поглавља.

4. Контрола концентрација

Надлежно тело контролише концентрације учесника на тржишту

Почетком XXI века практично не постоји нити један закон о заштити конкуренције у свету који не омогућава да надлежно тело контролише концентрације учесника на тржишту. Под концентрацијама се подразумевају све оне статусне (а понекад и нестатусне) промене које доводе до спајања, припајања (преузимања) привредних друштава или остваривања контроле над одређеним привредним субјектом на неки други начин.

Концентрација може да доведе до увећања тржишне моћи новонасталог учесника на тржишту и слабљења конкурентског притиска који тај учесник осећа

Због чега се контролишу концентрације? Због тога што концентрација може да има негативне последице у погледу конкуренције, односно може да доведе до увећања тржишне моћи новонасталог учесника на тржишту и слабљења конкурентског притиска који тај учесник осећа. Размотримо један случај хоризонталне концентрације: хипотетичко спајање два привредна друштва при чему је свако од њих пре спајања имало тржишни удео од 25 одсто. Њихова концентрација доводи до формирања новог учесника на тржишту који има тржишни удео од 50 одсто, а нестаје један од конкурената. Оваква промена тржишне структуре може да има негативне последице по конкуренцију у оној привредној грани у којој је дошло до концентрације.

Концентрација може да створи, односно ојача тржишну моћ учесника на тржишту који настаје

Постоје две основне (потенцијалне) негативне последице овакве концентрације по конкуренцију. Прво, таква концентрација може да створи, односно ојача тржишну моћ учесника на тржишту који настаје, па он може да ту своју тржишну моћ злоупотреби, без обзира на то да ли би та злоупотреба била окренута ка купцима или ка конкурентима. Пре концентрације није постојала та, односно таква тржишна моћ, па је јасно да су се оваквом концентрацијом испунили предуслови за умањење конкуренције до кога би својим понашањем могло да доведе новонастало привредно друштво. Због тога се овај ефекат назива унилатералним ефектом концентрације на конкуренцију и њено слабљење.

Концентрација неминовно умањује број учесника на тржишту, па тиме поспешује стварање и одржавање картела

Друго, поменута концентрација неминовно умањује број учесника на тржишту, па тиме поспешује стварање и одржавање картела, будући да се умањују трошкови његовог успостављања и надзора. Будући да се у овом случају ради о увећању вероватноће дослуха између учесника на тржишту и стварања колективне тржишне моћи, овај ефекат назива се координисани ефекат концентрација на конкуренцију и њено слабљење.

Одлука о томе да ли да се предложена концентрација допусти доноси се на основу њених будућих ефеката

Веома је битно да су и један и други ефекат тек потенцијални ефекти и да се никада унапред не може знати да ли ће се они испољити и колика ће бити њихова снага. Тим пре што се не зна у каквом ће конкурентском окружењу пословати учесник на тржишту који настаје концентрацијом, ко ће му бити конкуренти и каква ће бити њихова снага. Овим долазимо до основног проблема вредновања ефеката

концентрација. Наиме, из разлога који ће касније бити објашњени, за концентрације је потребна претходна сагласност тела за заштиту конкуренције, што значи да се одлука о томе да ли да се предложена концентрација допусти доноси на основу њених будућих, дакле, претпостављених ефеката. Они који доносе ту одлуку не знају какви ће бити услови на том тржишту, како ће се нови учесник на тржишту понашати, па стога могу само да претпоставе какви ће бити ефекти посматране концентрације на конкуренцију.

Уколико дође до умањења конкуренције а не постоје знатне баријере уласку, слободно деловање тржишта ће на дуги рок да обезбеди поновно успостављање конкуренције

У таквом пипању у мраку веома је битно да постоје макар некакви репери. Један су свакако баријере уласку на тржиште. Наиме, уколико су баријере уласку умерене, експлоатација тржишне моћи која је резултат концентрације довешће до раста профита који се присваја, односно профит у тој грани ће бити виши него у гранама у којима влада снажна конкуренција, тако да ће то створити подстицај за улазак нових конкурената. Такви уласци довешће до јачања конкуренције у грани и до расипања монополског профита. На кратак рок посматрано, концентрација може да доведе до умањења конкуренције и притисака који осећају конкуренти. Међутим, уколико се то догоди, а не постоје знатне баријере уласку, слободно деловање тржишта ће на дуги рок да обезбеди поновно успостављање конкуренције.

Да ли је учесник концентрације привредно друштво које се налази у финансијским тешкоћама?

Такође, при анализи ефеката концентрације на конкуренцију у грани треба водити рачуна да ли је учесник концентрације привредно друштво које се налази у финансијским тешкоћама које ће, уколико не дође до концентрације, довести до његовог стечаја или ликвидације. Том ликвидацијом би био изгубљен један конкурент, а можда и његова имовина, односно капацитети за производњу у посматраној грани. То значи да, уколико се концентрација не одбори, можда може да дође до ситуације у којој ће конкуренција бити слабија него у случају да се концентрација одобри.

Најзначајнији су ефекти које концентрације имају на подизање економске ефикасности

Претпоставимо да су извршене све потребне анализе и да се са задовољавајућом поузданошћу дошло до закључка да ће одређена концентрација умањити конкуренцију на посматраном тржишту. Да ли то значи да такву концентрацију неизоставно треба забранити? Никако, будући да концентрације имају и друге ефекте осим ефеката на конкуренцију. Најзначајнији су ефекти које концентрације имају на подизање економске ефикасности. Одакле потичу увећања економске ефикасности до којих долази са концентрацијом?

Концентрација доводи до рационализације фиксних трошкова, па се тиме и увећава економска ефикасност

Један од основних извора повећања економске ефикасности јесте економија обима, ситуација у којој са порастом обима производње долази до пада трошкова по јединици производа. Кључни извор економије обима су велики фиксни трошкови, они трошкови који се не мењају са обимом производње – на пример, трошкови подизања одређеног капацитета за производњу. Концентрација доводи до рационализације фиксних трошкова, па се тиме и увећава економска ефикасност. Исто тако, у случају концентрације може да се јави економија опсега, ситуација у којој комбиновање производње више производа доводи до обарања трошкова по јединици сваког од тих производа.

Концентрација доводи до поспешивања истраживања и развоја, па тиме и до интензификације технолошког напретка

Надаље, концентрације омогућавају увећавање привредног друштва, чиме се превазилазе недељивости везане за истраживање и развој. У великом броју случајева оне технологије које су кључне за истраживање и развој карактерише економија обима, тако да се једноставно не исплати да се уопште и крене у истраживање и развој испод одређене величине привредног друштва. Самим тим, концентрација доводи до поспешивања истраживања и развоја, па тиме и до интензификације технолошког напретка, што увећава динамичку ефикасност привреде и поспешује привредни напредак.

Страх од непријатељског преузимања представља довољан подстицај менаџерима да добро раде свој посао, чиме се увећава производна ефикасност

Конечно, концентрације могу знатно да утичу на побољшање производне ефикасности. Ради се о томе да је уобичајено да приликом преузимања привредног друштва нови власник поставља нову, бољу и ефикаснију управу преузетог привредног друштва, што само по себи доводи до повећања производне ефикасности. Међутим, може се догодити и да је преузето привредно друштво на релативно високом нивоу производне ефикасности. То се може објаснити и тиме да сам страх од непријатељског преузимања представља довољан подстицај менаџерима да добро раде свој посао, чиме се увећава производна ефикасност.

У земљама у транзицији, попут Србије, концентрације имају значајно место у процесу реструктурирања привреде

У земљама у транзицији, попут Србије, концентрације имају значајно место у процесу реструктурирања привреде које је неопходно како би се подигла економска ефикасност. Примера ради, приватизација која се заснива на продаји (модел приватизације који је примењен у Србији) неминовно подразумева концентрације (спајања, припајања и преузимања), а процес таквог реструктурирања наставља се после приватизације и од његовог интензитета зависи темпо реструктурирања привреде, односно повећања економске ефикасности на тој основи.

Концентрације стварају нове, снажне учеснике на тржишту, оне који генеришу снажан притисак на конкуренте

Конечно, поред описаних добитака на плану економске ефикасности, концентрације стварају нове, снажне учеснике на тржишту, оне који генеришу снажан притисак на конкуренте, тако да, иако услед концентрације долази до умањења броја конкурентата, може да дође до повећања конкурентског притиска, што значи да може да дође и до јачања конкуренције.

Контрола интеграција треба да се заснива на упоредном разматрању губитака (на плану конкуренције) и добитака (на плану економске ефикасности)

Забраном интеграција елиминишу се сви ови потенцијални добитци на плану економске ефикасности. Због тога је јасно да контрола интеграција треба да се заснива на упоредном разматрању губитака (на плану конкуренције) и добитака (на плану економске ефикасности) који произлазе из сваке појединачне концентрације. Будући да се о дозвољености одређене концентрације одлучује *ex ante* (пре него што се приступило њеној реализацији), поређење губитака и добитака заснива се на очекивањима, а не на њиховим стварним вредностима. То контролу концентрација чини најконтроверзнијим елементом политике заштите конкуренције.

Различити учесници тог процеса имају подстицаје да не искажу истинито своју процену будућих ефеката концентрације

Не само да су ефекти концентрација непознати, него различити учесници тог процеса имају подстицаје да не искажу истинито своју процену будућих ефеката концентрације. Учесници концентрације, наравно, акценат стављају на добитке на плану економске ефикасности, а потцењују умањење конкуренције до којег долази, будући да им одговара да њихова концентрација буде одобрена. Насупрот томе, конкуренти на тржишту на коме је најављена концентрација имају подстицаје да јавно потцене будуће ефекте на плану ефикасности, а прецене ефекте на плану умањења конкуренције, како концентрација не би била одобрена. Наиме, таква концентрација би представљала повећање конкурентског притиска на остале учеснике на тржишту, а они се рационално понашају и чине све оно што би могло да умањи конкурентски притисак који осећају. Због тога њихове процене ефеката концентрације у којој они не учествују, али су заинтересовани да се она не реализује, не би требало узети здраво за готово.

Савремени закони за заштиту конкуренције предвиђају претходно пријављивање концентрације и њено одобравање

Једно од основних питања које се поставља у процесу контроле концентрација јесте да ли та контрола треба да се спроведе пре него што се концентрација догоди или после тога. Контрола после обављене концентрације би имала једну велику предност: били би познати резултати те концентрације. Проблем са оваквим приступом лежи у томе што се, уколико се покаже да су резултати концентрације по конкуренцију, односно друштвено благодонаштво неповољни, врло мало тога може урадити на враћању ствари у претходно стање. Сто-

га савремени закони за заштиту конкуренције предвиђају претходно пријављивање концентрације и њено одобравање од стране тела за заштиту конкуренције.

Три могућа исхода пријављивања концентрације, односно захтева за одобравање концентрације

Пре него што се размотри сам процес контроле концентрација, потребно је указати на три могућа исхода пријављивања концентрације, односно захтева за одобравање концентрације. Један је безусловно одобравање концентрације, уколико се процени да су негативни ефекти по конкуренцију мали, односно уколико се процени да су добици на плану економске ефикасности већи од губитака на плану слабљења конкуренције. Други исход представља условно одобравање концентрације, при коме тело за заштиту конкуренције поставља одређене услове учесницима концентрације, како би се умањили негативни ефекти на плану конкуренције, а омогућили позитивни ефекти на плану економске ефикасности. Услови које поставља тело за заштиту конкуренције, односно тело које одобрава концентрације, могу да се односе на структуру или на понашање учесника концентрације, како би се предупредило умањење конкуренције. Што се структуре тиче, на пример, концентрација две авио-компаније (American Airlines и British Airways) на северноатлантским рутама била је одобрена под условом да се обе одрекну одређеног броја дозвола за слетање (слотова) на главном лондонском аеродрому (Heathrow), како би се на тај начин умањиле баријере уласку на ово тржиште. Што се понашања тиче, концентрација произвођача филмског програма и дистрибутера кабловске телевизије (Vivendi/Canal+/Seagram) била је условљена тиме да се осталим кабловским дистрибутерима омогући емитовање најмање половине премијера филмова које произведе учесник концентрације.

Добар број тих концентрација је од тривијалног утицаја на стање конкуренције

Које концентрације морају да претходно буду одобрене од стране тела које штити конкуренцију? Јасно је да то не могу бити све концентрације: чак и у малој земљи каква је Србија, број спајања, припајања и сличних промена којима један учесник на тржишту стиче контролу над другим је огроман. Добар број тих концентрација је од, уистину, тривијалног утицаја на стање конкуренције. На пример, може бити да је реч о привредним друштвима чији је годишњи промет мали или, све и да промет није занемарљив, да привредна друштва која се спајају послују у сенци снажнијих конкурената, односно на релевантном тржишту на коме је конкуренција јака.

Захтев да се пријаве све концентрације које имају одређени ефекат на конкуренцију на „релевантном тржишту“ створио би велику правну несигурност

Па како одредити на ком прагу концентрације престају да буду од малог значаја и бивају довољно велике да привлаче пажњу тела за заштиту конкуренције? С обзиром на то да је један од циљева контроле концентрација да се спречи да на релевантном тржишту настане или оснажи доминантан играч, може се рећи да би било добро да се као „битне“ означи оне концентрације које доводе до стварања доминантног положаја. Мана оваквог означавања је та што – пре него што спроведемо одговарајуће економетријске тестове – не можемо знати које је то релевантно тржиште производа и релевантно географско тржиште, па самим тим немамо основни предуслов да се упустимо у процену доминације. Како је поступак контроле концентрација нешто што се спроводи *ex ante* (унапред) и како се заснива на томе да сами учесници концентрације унапред пријављују концентрацију на одобрење, захтев да се пријаве све концентрације које имају одређени ефекат на конкуренцију на „релевантном тржишту“ створио би велику правну несигурност. Учесници на тржишту би, наиме, морали да унапред сами, у сопственој режији, спроведу своје економетријске тестове, одреде релевантно тржиште и своје учешће на њему, као и да сами оцене последице које ће из концентрације настати. Све и да занемаримо субјективност такве оцене, нема гаранција да би, накнадно, тело које штити конкуренцију дошло до истих закључака. Очигледно, овакав метод не би имао смисла.

Законодавац обично прописује одређене објективне, лако мерљиве „прагове нотификације“

Уместо тога, законодавац обично прописује одређене објективне, лако мерљиве „прагове нотификације“ чије испуњење са собом повлачи обавезу пријављивања концентрације телу које штити конкуренцију. Исправно одмеравање висине тих прагова треба да постигне два важна циља. Први, да створи обавезу пријаве за готово све потенцијално битне концентрације и, други, да искључи обавезу пријаве свих концентрација чији је потенцијал да негативно утичу на конкуренцију занемарљив.

Намеравана концентрација треба да својом величином задовољи више од једног квантитативног показатеља

Овај циљ често се постиже прописивањем такозваних кумулативних прагова. То значи да намеравана концентрација треба да својом величином задовољи више од једног квантитативног показатеља како би завредила пажњу тела за заштиту конкуренције. Један праг обично мери свеукупни годишњи приход свих учесника у тржишту, што треба да помогне да се пажња обрати на оне концентрације из којих настаје крупни нови учесник на тржишту. Други праг је ту да осигура да се не ради о концентрацији у којој је први праг задовољен иако је цин преузео патуљка: ту би промена у тржишној структури била минимална. Зато други праг обично прописује колики ће бити минимални укупан приход барем два привредна друштва која учествују у планираној концентрацији.

Обавеза пријаве концентрације Европској комисији постоји ако су истовремено испуњена два услова

На пример, обавеза пријаве концентрације Европској комисији постоји ако су истовремено испуњена два услова: први, да је укупан приход свих учесника на светском тржишту преко пет милијарди евра и други, да је укупан приход који на тржишту ЕУ понаособ имају барем два учесника планиране концентрације већи од 250 милиона евра. Први праг је ту да осигура да се ради о великој капиталној трансакцији, тј. да укупан приход свих учесника концентрације представља озбиљан износ у европским оквирима. Други праг је ту да осигура да се не морају пријављивати концентрације у којима огромно привредно друштво преузима учесника чији је приход занемарљив. Дакле, ако један учесник има четири милијарде укупног прихода, а други једну милијарду, пријава је обавезна, а ако један има четири милијарде и 900 хиљада, а други 100 хиљада, концентрација се не мора пријавити.

Ако пак прагови нотификације буду постављени прениско, настаје потенцијално још гора ситуација: ниски прагови значе јако много пријава

Уколико квантитативни прагови не буду правилно одмерени, могу настати озбиљни проблеми. Ако буду постављени превисоко, број пријављених концентрација биће низак. Иако то значи и административно растеређење тела за заштиту конкуренције, то може да резултује и тиме да без надзора буду спроведене неке концентрације за које је требало ускратити одобрење. Ако пак прагови нотификације буду постављени прениско, настаје потенцијално још гора ситуација: ниски прагови значе јако много пријава и јако много уплата накнада за њихову обраду. С обзиром на то да ову накнаду плаћају сви они који учествују у концентрацијама, независно од њихове величине, практично се уводи „порез на концентрације“ и тиме дестимулишу спајања и припајања. Осим тога, тело за заштиту конкуренције бива затрпано пријавама концентрација. Велики број пријава и ограничени административни ресурси готово неминовно доводе до опадања квалитета одлучивања и повећавају шансе да се поткраде грешка.

Ово је представљало огроман притисак на ограничене ресурсе Комисије

На пример, претходни српски Закон о заштити конкуренције садржао је доста низак праг нотификације: не само што су прагови били мали у апсолутном износу, већ су били постављени алтернативно, а не кумулативно. То је у пракси довело до тога да је Комисија за заштиту конкуренције добијала око 150 пријава годишње. Ово је представљало огроман притисак на ограничене ресурсе Комисије. Међутим, профитирао је буџет – велики број пријава значао је многобројне уплате вишемилионских (динарских) накнада, чиме је фактички уведен порез на концентрације, чак и оне које никако није требало

да дођу под лупу Комисије, са одговарајућим негативним последицама (одвраћање од концентрација).

Пријава намераване концентрације је поступак одобравање те пријаве обично се одвија у две фазе

Када тело за заштиту конкуренције прими пријаву намераване концентрације, поступак одобравање те пријаве обично се одвија у две фазе. Прва фаза служи за својеврсну тријажу лакших и тежих случајева за решавање. Ако је очигледно да ће новонастали учесник бити далеко од било какве доминације, или да је промена у структури тржишта, без обзира на то што квантитативно прелази задате прагове у погледу укупних прихода, занемарљива, тело за заштиту конкуренције ће већ након прве фазе (која обично траје највише месец дана), концентрацију одобрити. Међутим, ако прелиминарно испитивање побуди озбиљне сумње о ефектима намераване концентрације, тада се отвара друга фаза поступка. Она обично траје око три месеца и у њој се прикупљају додатне информације и обављају додатна испитивања која треба да расветле далекосежне ефекте намераване концентрације.

У интересу правне сигурности и заштите оних који намеравају да спроведу концентрацију предвиђа се и да ћутање тела за заштиту конкуренције значи њено одобрење

Одлука у погледу одобравања намераване концентрације мора бити донесена најкасније до истека друге фазе, што значи да тело за заштиту конкуренције на располагању обично има око четири месеца да расветли оне компликованије случајеве. Иако то звучи као доста времена, реч је заправо о компромису између две потребе: с једне стране, да се телу за заштиту конкуренције пружи довољно времена да правилно одмери одлуку и, са друге стране, да се до одлуке дође релативно брзо, јер протеклом времена и променом услова на тржишту намеравана концентрација, чија је припрема изискивала озбиљне издатке, може бити обесмишљена. У интересу правне сигурности и заштите оних који намеравају да спроведу концентрацију предвиђа се и да ћутање тела за заштиту конкуренције значи њено одобрење. Дакле, ако ни након четири месеца нема забране концентрације, она може бити спроведена.

Контрола концентрација је скуп поступак који свим актерима намеће знатне трошкове

Контрола концентрација је скуп поступак који свим актерима намеће знатне трошкове. С једне стране, учесници концентрације, који су већ имали озбиљне издатке да процене њену сврсисходност, сада морају да плате накнаду телу за заштиту конкуренције, те да плате правне заступнике и економске саветнике који ће сачинити пријаву и образложити зашто концентрацију треба одобрити. С друге стране, пред телом за заштиту конкуренције је изузетно сложен задатак да, на основу поднетих података, података добијених од осталих учесника на тржишту и података које само прикупи и на основу детаљне и непристрасне анализе тих података, донесе коначну одлуку.

Опасност од погрешне процене је велика и све је већа што се даље гледа у будућност

Та одлука у себи садржи потенцијалне грешке. На пример, може бити погрешно процењено да ће концентрација створити, односно оснажити доминантан положај. До тога може доћи из различитих разлога. Рецимо, може доћи до погрешне процене релевантног тржишта, или до погрешне оцене постојања баријера уласку. Ови проблеми нису карактеристични само за контролу концентрација, јер до њих може доћи и у поступку контроле злоупотреба. Но, грешка може настати и стога што су погрешно процењени будући трендови на тржишту, односно због тога што је заказала „кристална кугла“ тела које штити конкуренцију. Опасност од ове погрешне процене је велика и све је већа што се даље гледа у будућност.

Ако подаци и пројекције не дају сасвим једнозначан резултат, концентрацију треба одобрити

Имајући у виду овакве опасности, контрола концентрација треба да буде што опрезнија. Ако подаци и пројекције не дају сасвим једнозначан резултат, концентрацију треба одобрити. У супротном, превише активна улога тела за заштиту конкуренције може довести до тога да буду блокиране и концентрације које би увећале благостање и које је уместо забране требало одобрити. Ово показује колико је пажње потребно посветити успостављању одговарајућег тела за заштиту конкуренције, а управо је то тема следећег поглавља.

5. Тело за заштиту конкуренције

Закон којим се штити конкуренција спада међу законе које многе земље сматрају за првокласно важне у обезбеђивању адекватног пословног окружења

У претходним поглављима смо размотрили колико је заштита конкуренције сложена материја и у којој мери може да буде контроверзна, бар неки њени сегменти. Отуда је неизбежно да и прописи (законска и подзаконска акта) којима се штити конкуренција буду прилично сложени. У њима се са правном проблематиком преплићу економска питања, па је неминовно да се применом закона баве и једна и друга струка. Закон којим се штити конкуренција спада међу законе које многе земље, с правом, сматрају за првокласно важне у обезбеђивању адекватног пословног окружења, па тиме и предуслова за друштвено благостање и привредни раст. Стога је веома значајно обезбедити његову ефикасну и исправну примену, како би се постигли жељени циљеви у погледу заштите конкуренције.

Већина модерних система заштите конкуренције предвиђа да се о примени законских решења првенствено стара специјализовано административно тело

Имајући све то у виду, већина модерних система заштите конкуренције предвиђа да се о примени законских решења првенствено стара одређено специјализовано административно тело – тело за заштиту конкуренције. Оваква специјализација практично је неминовна, узимајући у обзир уочену комплексност ових прописа и велики значај који они имају за кључне друштвене циљеве. Називи тих тела варирају од земље до земље: комисије за заштиту конкуренције, антимонополске комисије, савети за заштиту конкуренције, канцеларије, директорати итд. Оно што им је свима заједничко јесте да та тела представљају органе управе којима је поверено да надгледају тржиште и понашање учесника на њему и да – што по сопственој иницијативи, што по притужбама заинтересованих лица – реагују на оне активности тржишних субјеката које могу да наруше неспутану конкуренцију и умање конкурентски притисак као основни покретач привредног напретка.

Потребно је да тело за заштиту конкуренције буде у потпуности изоловано од подстицаја који стижу из зоне дневне и партијске политике

Пожељно је да оваква тела буду изолована од дневнополитичких притисака, пре свега извршне власти, односно да буду самостална у обављању своје функције заштите конкуренције. Другим речима, потребно је да тело за заштиту конкуренције буде у потпуности изоловано од подстицаја који стижу из зоне дневне и партијске политике. Ова врста изолације, међутим, не сме да доведе до тога да не постоје подстицаји телу за заштиту конкуренције, односно људима у њему да одговорно раде свој посао. Због тога се поставља питање полагања рачуна тог тела, односно његових званичника за њихов рад. Треба пронаћи праву равнотежу између његове самосталности и одговорности.

Независна тела су одговорна националном парламенту

У Европи су оваква тела углавном организована као независне институције – независне од извршне власти, као комисије или савети који нису подређени директно неком министарству, и који су у спро-

вођењу поверених законских мандата изоловани од интервенције и притисака врха државне пирамиде, односно дневне и партијске политике. Ипак, таква тела су одговорна националном парламенту који бира, односно поставља њихове чланове и коме она полажу рачуне за свој рад, обично једном годишње. Ови обимни извештаји презентирају активности тела за заштиту конкуренције у претходном периоду, стање предмета и ефикасност рада, као и процену трендова, будућих потреба и евентуалних смерница у којима ће се кретати спровођење политике заштите конкуренције.

Иако мултипликација тела није најбоље решење, у САД оно добро функционише

У САД, колевци борбе против монопола, заштитом конкуренције баве се напоредо два државна центра (посебно одељење Министарства правде и Федерална комисија за трговину). Иако мултипликација тела надлежних за неко питање, бар начелно посматрано, није најбоље решење, у САД оно добро функционише зато што је терет заштите конкуренције другачије распоређен него у другим државама.

Званичници тела за заштиту конкуренције не могу бити разрешени дужности, осим у крајње оправданим случајевима кршења правила

Како би се осигурала што већа независност главних званичника тела за заштиту конкуренције, односно њихова изолованост од политичких утицаја, они се обично бирају на дужи временски период, који се не поклапа са изборним циклусом у земљи. Такође је уобичајено, како би се спречило да један састав националног парламента именује целокупан руководећи кадар тог тела, да се мандати различитих званичника тела за заштиту конкуренције „темпирају“ тако да истичу у различито време, па сваких годину-две следи по једно именованье, уместо да се сва именовања нових чланова обаве одједном. Званичници тела за заштиту конкуренције не могу бити разрешени дужности, осим у крајње оправданим случајевима кршења правила, који не дају повода сумњи да је реч о дневнополитичким разлозима.

Практично се целокупно бреме спровођења закона преваљује на тело за заштиту конкуренције

Оснивањем тела за заштиту конкуренције законодавна власт обилно на њега пребацује готово целокупан терет спровођења закона. Од тог тела се очекује да, што по пријавама, што по службеној дужности, процесуира повреде конкуренције, изрекне казне и осигура да се законска решења примене у пракси. Иако повреда конкуренције наноси штету учесницима на тржишту, тешкоће у доказивању и квантификацији тако настале штете обично чине да се они који су ту штету претрпели изузетно ретко обраћају судовима како би издејствовали накнаду. Њихова улога у спровођењу законских решења обично се своди на пријављивање активности које сматрају противзаконитим, као и пријављивање сопствених активности када за то постоји законска обавеза. Тиме се практично целокупно бреме спровођења закона преваљује на тело за заштиту конкуренције. Мада то има својих добрих страна (јер запослени у том телу по правилу располажу адекватним стручним знањима и базама података, више него неко неспецијализовано тело), овакво решење ствара озбиљне административне трошкове и потребу за обуком и запошљавањем бројног и стручног кадра. Иако независно од извршне власти, тело за заштиту конкуренције ипак остаје део државног апарата те, у крајњој линији, трошак овог скупог механизма носе сви порески обвезници.

У САД када и ако се утврди да је претрпљена штета, може да се догоди да је починилац надокнадити у троструком износу

Амерички механизам спровођења закона којима се штити конкуренција подразумева нешто другачију поделу улога. У САД Министарство правде, односно Федерална комисија за трговину не кажњавају директно, већ се покрећу парнице или кривични поступци пред судовима. Осим тога, како би се растеретила државна администрација, даје се подстицај приватним актерима, учесницима на тржишту, да и сами допринесу спровођењу прописа којима се штити конкуренција. Већ је било речи о томе да се учесници на тржишту по правилу ретко обраћају судовима за накнаду штете коју су претрпели услед

повреде прописа о заштити конкуренције. Међутим, у САД они имају додатни подстицај: када и ако се утврди да је претрпљена штета, може да се догоди да је починилац надокнади у троструком износу. Ово даје снажан подстицај учесницима на тржишту да се и сами упусте у спровођење прописа и политике, штитећи истовремено и сопствени и јавни интерес. Њихова се улога тиме изједначава са неком врстом „приватних јавних тужилаца“. За овакво „приватно“ спровођење закона о заштити конкуренције потребни су добро оспособљени редовни судови, односно њихова парнична одељења, као и богата судска пракса.

Са становишта унутрашње организације, код тела за заштиту конкуренције се углавном раздваја истражна функција од функције одлучивања

Са становишта унутрашње организације, тела за заштиту конкуренције могу да буду различито устројена, али се углавном раздваја истражна функција (која се поверава стручној служби), од функције одлучивања (која се обично поверава колективном телу које чине његови у парламенту изабрани званичници). Задатак стручне службе је да прикупља све релевантне податке, односно информације са тржишта, о самом тржишту и понашању учесника тржишне утакмице, да анализом тих података дође до одговарајућих налаза, да предложи одлуке које треба донети, те да обавља остале стручне (обично административне) послове. Задатак оних који унутар тела за заштиту конкуренције одлучују, његових изабраних званичника, јесте да на основу података које је прикупила стручна служба – што сама, што од актера против којих се поступак води, што од осталих учесника на тржишту – и на основу налаза до којих је она дошла, утврде да ли је дошло до повреде законских прописа, односно до нарушавања конкуренције. Ако је дошло до повреде права, санкцију изриче или само тело за заштиту конкуренције, или на основу пријаве тог тела неки други орган (нпр. прекршајни суд).

Развој културе заштите конкуренције и придобијање јавног мњења на дужи рок значајно растеређује тело за заштиту конкуренције

Осим класичног мандата заштите конкуренције путем спровођења закона, тела за заштиту конкуренције значајан део својих активности посвећују, односно треба да посвете заступању и промовисању саме идеје заштите конкуренције, као и политике такве заштите. Развој културе заштите конкуренције, образовање заинтересованих актера, као и придобијање јавног мњења у корист заштите конкуренције на дужи рок значајно растеређује тело за заштиту конкуренције у испуњавању његових примарних активности, тј. спровођења закона и ствара му моћне савезнике у његовом послу. Веома су битне активности тела за заштиту конкуренције у домену активног заступања политике заштите конкуренције на тржишту. На пример, може да утиче на то да извршна и законодавна власт снижавају, односно уклањају баријере уласку на тржиште и промовишу либерализацију и дерегулацију. Штавише, ради се о томе да рад тела за заштиту конкуренције може бити у великој мери обесмишљен активностима законодавца: на пример, могу бити донети закони којима се дозвољава картелизација у одређеним секторима или се – а да за то не постоје ваљани економски разлози – установљава законски монопол. Овај аспект политике заштите конкуренције најзначајнији је управо тамо где је она у повоју – дакле у земљама у транзицији. У ту сврху, закони којима се штити конкуренција обично експлицитно предвиђају начине и поступке којима тела за заштиту конкуренције и њихови званичници могу да коментаришу законске предлоге или већ донете прописе, па се чак ствара и обавеза те врсте. Иако снажна активност на овом плану може да предупреди касније проблеме, само заступање изискује понекад значајне ресурсе, односно трошкове за тело за заштиту конкуренције, с обзиром на то да захтева перманентну и стручну анализу прописа и законских предлога. Ипак, оно је у погледу односа трошкова и ефеката далеко ефикасније решење у поређењу са спровођењем закона у ужем смислу речи.

Свака промена закона је скупа, сваки нови закон доноси нове трошкове: можда највише кошта то што се уноси неизвесност у пословно окружење

Тело за заштиту конкуренције треба, наравно, да на одговарајући, саветодавни начин учествује у формулисању закона који треба да примењује. Треба, међутим, водити рачуна да може да се догоди да то тело заговара она решења која ће умањити његове трошкове, односно ангажовање – на пример, посао који треба да се обави у неком поступку – а да таква решења не морају да буду најбоља са становишта заштите конкуренције. Надаље, постоје подстицаји званичницима тог тела да предлажу промене закона сваки пут када увиде неку његову слабост. Није добро прихватати ни такве предлоге. Ради се о томе, да је свака промена закона скупа, сваки нови закон доноси нове трошкове: закон треба ваљано написати, треба да га схвате и науче они који га примењују и они на које се односи, а све то кошта. Можда највише кошта то што се уноси неизвесност у пословно окружење. А увећање неизвесности одвраћа инвеститоре и предузетнике и на тај начин успорава привредни напредак. Начин на који се примењује закон, а управо се та тема обрађује у следећем поглављу, може да буде извор велике неизвесности са свим њеним лошим последицама.

6. Примена закона о заштити конкуренције

Јасно је да активности на спровођењу закона о заштити конкуренције стоје на граници између управне и кривичне сфере

У већини земаља, а без изузетка на европском континенту, примена закона о заштити конкуренције има неколико аспеката. Први и највидљивији јесте онај репресивни: кажњавање оних који су закон прекршили (тако што су, на пример, закључили недозвољени споразум или тако што су без одобрења спровели концентрацију). Други је превентивни: спречавањем настанка тржишних структура које законодавац сматра непожељним покушава се предупредивање потребе за репресивним мерама. Логика овог приступа је да је „боље спречити него лечити“. Ову превентивну функцију врше и казне: пример кажњавања једног учесника на тржишту одвраћа њега и друге учеснике од кршења закона. Осим ове две главне полуге, у неким законодавствима постоје и механизми враћања ситуације у пређашње стање – на пример, раздвајањем структура које су настале покушава се промена услова који владају на тржишту, што на дужи рок треба да има и превентивну функцију. Ова трећа варијанта је и најређа, јер, као у сликовитој метафори коју многи памте, „од рибље чорбе не може да се направи акваријум“. Имајући у виду горенаведене аспекте примене закона, јасно је да активности на спровођењу закона о заштити конкуренције стоје на граници између управне и кривичне сфере. Развој заштите конкуренције довео је до прекрајања и преиспитивања неких од основних постулата на којима генерално почивају правни системи. О оправданости неких од тих промена воде се живе дискусије.

Новчаним кажњавањем се постиже како функција генералне, тако и специјалне превенције

У материји заштите конкуренције кажњавање починилаца углавном се своди на изрицање новчаних казни. Новчаним кажњавањем се постиже како функција генералне, тако и специјалне превенције. Другим речима, одвраћа се не само преступник да понови преступ у будућности, већ се одвраћају и други, потенцијални преступници којима постаје јасно да је држава решена да казни кршење закона. Висока запређена новчана казна шаље сигнал да је кршење закона о заштити конкуренције друштвено непожељно и да ће бити (оштро) кажњено, али ефекат запређене казне на одвраћање зависи и од вероватноће њеног изрицања, што зависи и од вероватноће откривања кршења закона о заштити конкуренције. Основна предност новчане казне је у томе што је њено извршење практично бесплатно, односно што су трошкови њеног извршења занемарљиви. Насупрот томе, затворска казна је скупа, будући да генерише знатне (фиксне и варијабилне) трошкове.

Прописује се и кривичноправна одговорност за повреду конкуренције и то углавном кривичноправна одговорност физичких лица

Нешто ређе се прописује и кривичноправна одговорност за повреду конкуренције и то углавном кривичноправна одговорност физичких лица – званичника привредних друштава која су кршила закон о заштити конкуренције. Оваква санкција предвиђа се по правилу само за најтеже облике нарушавања конкуренције, а то је склапање картелских споразума. Иако се кривичноправна одговорност обично повезује са америчком концепцијом заштите конкуренције, могућност изрицања затворских казни за одређена дела предвиђена је и у неким земљама чланицама ЕУ. Оштра казнена политика има за сврху да званичнике привредних друштава натера да два пута размисле пре него што се упусте у незаконите радове. Ово важи како за новчану, тако и за затворску казну.

Проблем наликује оном у коме се налази полиција наспрам организованог криминала и решава се на сличан начин

Треба поновити, као што је већ наведено у другом поглављу, да је кључна варијабла вероватноћа откривања повреде закона о заштити конкуренције, односно вероватноћа откривања и кажњавања учиниоца те повреде. Састављање и спровођење рестриктивних споразума је најчешће тајна работа, и већ су описани сви практични проблеми разбијања картела. Проблем наликује оном у коме се налази полиција наспрам организованог криминала и решава се на сличан начин: као што „сведок сарадник“ може да прође релативно добро ако открије информације које воде откривању и осуди кривичних дела која су починили други, тако и тела за заштиту конкуренције могу да ослободе од кажњавања оне учеснике на тржишту који „откуцају“ своје партнере у рестриктивном споразуму. Овакво ослобађање од новчаних казни које изриче тело примениће се само ако онај ко одлучи да „проговори“ приложи доказе о постојању споразума о коме тело за заштиту конкуренције до тог момента није имало сазнања или је имало сазнање, али не и довољно доказа. Дакле, онај ко пожуре има изгледа да буде у потпуности ослобођен. Но и они који касније поднесу доказе који поступак убрзају могу допринети томе да им буде изречена казна у нижем износу. Постоје два значајна ограничења овог механизма. Први је тај да га обично не могу користити коловође, тј. иницијатори рестриктивних споразума. Други је тај да оваква „издаја“ може да учесника на тржишту спаси од новчане казне коју изриче тело за заштиту конкуренције, но не и од евентуалне одговорности за накнаду штете коју су, услед спровођења рестриктивног споразума, претрпели други учесници на тржишту. Оваква накнада штете остварује се пред судовима у парничном поступку.

Постоји неколико решења у погледу тога ко и како сноси највећи терет спровођења закона, а нарочито изрицања казни

До сада се у пракси искристалисало неколико решења у погледу тога ко и како сноси највећи терет спровођења закона, а нарочито изрицања казни. Прво и најчешће решење јесте оно у коме се већина активности на примени закона централизује у рукама специјализованог управног органа – тела за заштиту конкуренције. Међутим, те активности могу имати различит обим и, сходно томе, резултовати различитом ширином овлашћења тих тела. Ако се жели задржати њихов претежно административни карактер, онда се активности тела за заштиту конкуренције углавном ограничавају на то да испитује споразуме и активности на тржишту, односно испитује могућа нарушавања конкуренције и на евентуално утврђивање да је закон прекршен. У тој варијанти, само кажњавање делегира се другим органима државног апарата. Тада се утврђивање нарушавања, односно повреде конкуренције и изрицање казне за ту повреду одвијају у два јасно одвојена поступка.

Ако је крајњи закључак да је закон заиста прекршен, тело за заштиту конкуренције подноси прекршајну пријаву суду

У случају забрањених споразума или злоупотребе доминантног положаја, поступак се покреће ако постоје довољне индикације о противзаконитој активности, а окончава се доношењем одлуке (решења) којом се утврђује да ли је неком активношћу закон прекршен (или није прекршен). Ако је крајњи закључак да је закон заиста

прекршен (тако што је нпр. закључен картелски споразум), тело за заштиту конкуренције подноси прекршајну пријаву суду. Казнена функција, тј. оцена да ли и колико треба казнити оне које је тело за заштиту конкуренције означило као учиниоце противзаконитих радњи, остаје прерогатив судова. На пример, наш претходни Закон о заштити конкуренције, који је важио од 2004. до 2009. године, предвиђао је управо овакав механизам. Главна замерка оваквом решењу јесте да о кажњавању одлучују прекршајне судије, слабо оспособљене и обучене у сложеној и специфичној материји заштите конкуренције.

Тело за заштиту конкуренције не само да утврђује прекршаје, већ има и овлашћење да изриче казне

Друга концепција јесте да се телу за заштиту конкуренције повери не само задатак да утврђује прекршаје, већ и овлашћење да изриче казне. Након што утврди да је закон прекршен, уместо да подноси прекршајну пријаву, тело за заштиту конкуренције одмах изриче и казну коју сматра одговарајућом. Мада се, начелно, управним органима понекад поверавају и казнени прерогативи, специфичност овлашћења органа који штите конкуренцију јесте да се њима, у односу на друге управне органе, по правилу дозвољава да изричу астрономске новчане казне. Тиме традиционална граница између управе и судова постаје магловита. На пример, Европска комисија, извршна власт Европске заједнице, доноси решења и изриче казне за повреде конкуренције. Слично је овлашћење и српске Комисије за заштиту конкуренције по новом закону, донетом 2009. године. У последње време се све гласније чују примедбе да, ако већ Европска комисија има право да астрономски кажњава, онда и поступак у коме се такве казне изричу треба да буде сличнији поступку пред судом, него чисто управном поступку. Иако се (о чему ће касније бити речи), одлуке и казне тела за заштиту конкуренције могу преиспитивати пред судовима, обим тог преиспитивања и невољност (многих) судова да се одистински упусте у испитивање сложене проблематике заштите конкуренције значи да се кажњени учесник на тржишту налази у незавидној ситуацији.

Само суд може да одлучи о томе да ли је неко учинио или није учинио кривично дело

Чак и када се телу за заштиту конкуренције повери могућност да изриче новчане казне, одређени аспекти казнене шеме остају у искључивој надлежности судова. Наиме, само суд може да одлучи о томе да ли је неко учинио или није учинио кривично дело. У правним системима који познају не само прекршајну, већ и кривичноправну одговорност за повреде конкуренције, то по правилу функционише тако што тело коме је поверено да штити конкуренцију подноси кривичну пријаву и тиме покреће механизам кажњавања.

Амерички систем спровођења закона о заштити конкуренције подразумева да се целокупна примена закона „сели“ пред суд

Осим ове основне шеме кажњавања и овлашћења за изрицање казни постоје и друге варијанте расподеле овлашћења. На пример, већ поменути амерички систем спровођења закона о заштити конкуренције подразумева да се целокупна примена закона „сели“ пред суд, из управног у парнични или кривични поступак. Судови не контролишу решења управе, већ државни органи и учесници на тржишту покрећу парнице или кривичне поступке (ово потоње може да чини само Министарство правде), а такве првостепене судске одлуке касније подлежу редовној жалбеној контроли виших судова.

Европска комисија такође кажњава у сразмери са годишњим приходом починиоца, што значи да су изречене казне огромне

Тежиште казнене политике у материји заштите конкуренције је на новчаном кажњавању. Овакво опредељење је логично с обзиром на то да се у улози прекршилаца закона обично налазе привредна друштва као учесници на тржишту. Кажњавањем се тако постиже двоструки циљ: специјална превенција (одвраћање починиоца од нових кршења прописа) и генерална превенција (одвраћање других учесника на тржишту да се упусте у противзаконите работе). У циљу јачање генералне и специјалне превенције забрањене казне су обично изузетно високе. Данас је уобичајено решење да законодавац не

прописује распон потенцијалних казни у апсолутним износима (нпр. од 100.000 до један милиона €), већ се распон те новчане казне вежује за економску снагу преступника. У недостатку адекватнијег решења, та снага се одмерава на основу укупног прихода који учесник на тржишту оствари у току године дана, па се новчана казна дефинише као проценат тог прихода. На пример, нашим Законом о заштити конкуренције прописано је да се за злоупотребу доминантног положаја може изрећи новчана казна у висини до десет одсто од износа укупног годишњег прихода починиоца. Европска комисија такође кажњава у сразмери са годишњим приходом починиоца, што значи да су изречене казне огромне када је реч о повредама закона о заштити конкуренције које учине привредни гиганти. На пример, у 2009. години Intelu је изречена казна у висини од преко једне милијарде € за понашање које је Комисија оценила као злоупотребу доминантног положаја на тржишту компјутерских чипова. Годину дана раније, предузећу Saint-Gobain је изречена казна од готово 900 милиона € за картелско споразумевање о висини цена на тржишту аутомобилског стакла.

Кривична одговорност са собом повлачи кривични поступак, веома високе стандарде доказивања и пуну вишестепеност у одлучивању

Прописи о заштити конкуренције понекад осим новчаних казни, предвиђају и затворске казне. Наравно, оне се могу изрећи само физичким лицима и то су, по правилу, најодговорнији руководиоци привредних друштава која су прекршила закон. Ова чисто кривична одговорност са собом повлачи један сасвим други – кривични – поступак, веома високе стандарде доказивања и пуну вишестепеност у одлучивању. Стога до осуде појединаца по правилу долази спорије него до новчаног кажњавања учесника на тржишту. Ипак, оштре законске казне доприносе (нарочито генералној) превенцији. На пример, три руководиоца енглеске компаније Dunlop Oil and Marine Limited увукли су компанију у међународни картел који се споразумевао о ценама и делио тржишта поморске опреме. Енглески суд је двојици изрекао казне од по три године затвора, док је трећи осуђен на две и по године.

Потенцијално најмање контроверзна група мера су мере понашања

Осим новчаних и затворских казни, прописи о заштити конкуренције понекад телу које се бави њиховом применом омогућавају и неке алтернативне начине борбе против повреда конкуренције. Ове мере могу бити доста различитог карактера. Потенцијално најмање контроверзна група мера су мере понашања. Изрицањем таквих мера се неком привредном субјекту, учеснику на тржишту, налаже да прекине противзаконите активности или да се од истих или сличних активности уздржи у будућности. На пример, ако се утврди да предузеће одређеним својим поступањем злоупотребљава доминантан положај, наложиће му се да са таквом злоупотребом престане и да се од таквог поступања уздржи у будућности. Изрицање ових мера обично је комплементарно са истовременим кажњавањем за дотадашња кршења закона о заштити конкуренције. Такве мере, дакле, имају за циљ да отклоне повреду конкуренције, али имају и превентивну функцију и спречавају кршење закона у будућности; наравно, уколико се учесник на тржишту придржава изречених мера. Уколико их се не придржава, на сцену поново ступају казне.

Друга врста мера, које су управљене на промену структуре појединих учесника на тржишту, изазивају велике контроверзе

Друга врста мера, које су управљене на промену структуре појединих учесника на тржишту, изазивају велике контроверзе. Реч је, наиме, о мерама које треба да исправе две нежељене ситуације. Прва је она у којој су, не обазирећи се на обавезу претходног прибављања одобрења за концентрацију, учесници на тржишту некако успели да је већ спроведу. Тако је настала нова структура, а тело за заштиту конкуренције стављено пред наизглед свршен чин. Ту на сцену ступа „мера деконцентрације“ којом се налаже раздвајање структуре која је настала без претходне дозволе. Друга си-

туација јесте она у којој тело за заштиту конкуренције процени да постоји опасност да се учесник на тржишту који је прекршио закон може у будућности поново упустити у сличне подухвате и, истовремено, процени да ће опасност од оваквих рецидива бити умањена тиме што ће да се наложи подела таквог привредног друштва или му се наложити да прода одређене своје делове („структурне мере“). Основни проблем са оваквим „структурним мерама“ јесте концептуални: већ смо објаснили да је главно опредељење заштите конкуренције то да се не забрањује ни монопол, а ни доминантан положај на тржишту, већ искључиво њихова злоупотреба. Самим тим, парадоксално је учесника на тржишту, стандардно привредно друштво, третирати као „рођеног криминалца“ и наложити његово разбијање. Још је већи практични проблем спровођења ових мера. Спојити два предузећа је изузетно компликована и сложена операција, али ни издалека као подела неког пословног система, нарочито у ситуацији када њу не иницирају унутрашњи пословни разлози, већ је та подела наметнута власницима тог привредног друштва, односно октроисана споља. А ако се наложи отуђење неке имовине учесника на тржишту или неког његовог организационог дела, поставља се питање по којој то цени треба учинити, односно шта и како радити уколико по тој цени нико не жели да купи ту имовину, односно те делове привредног друштва. Све ово значи да је изрицање структурних мера акција која учесницима на тржишту намеће велике трошкове, а да се ефикасност таквих скупих подухвата никако не може гарантовати.

Једини случај разбијања предузећа био је већ поменути контроверзни случај US v. Standard Oil

Једини случај у историји примене закона о заштити конкуренције у коме је примењена структурна мера разбијања предузећа био је већ поменути контроверзни случај US v. Standard Oil, који би многи заговорници оштре примене политике, односно закона о заштити конкуренције, најрадије да забораве, будући да не говори у прилог њиховим идејама. Друго разбијање предузећа у историји примене овог закона (US v. ATT) није било случај мере, већ договора који су постигле стране у спору. Оба наведена случаја везана су за САД, а Европа није досад имала искустава са овом контроверзном мером.

Било би јако лоше уколико неко привредно друштво одлучи да не расте преко одређене мере због тога што не жели да буде предмет структурних мера

Због своје најблаже речено проблематичне делотворности, због тога што противрече основној филозофији закона о заштити конкуренције да се кажњава злоупотреба тржишне позиције, а не сама тржишна позиција и нарочито због високих трошкова које изискује њихова исправна примена, структурне мере ретко бивају уврштене у законе, а још ређе бивају примењене. Упркос овим манама, структурне мере су уврштене у „арсенал“ домаћег законодавства новим Законом о заштити конкуренције. Остаје да се види каквог ће то практичног ефекта имати. При томе треба водити рачуна о чињеници да привредни субјекти све оно што је написано у закону посматрају као нешто што против њих може да буде покренуто, па томе прилагођавају своје понашање. Било би јако лоше уколико неко привредно друштво одлучи да не расте преко одређене мере (иако за то постоји економско оправдање) због тога што не жели да буде предмет структурних мера тела за заштиту конкуренције.

Разумно је очекивати да се врхунски стручњаци у такву службу могу привући само ако су им понуђене одговарајуће зараде

Функционисање тела које спроводи прописе о заштити конкуренције намеће озбиљне трошкове. Потребно је обезбедити одговарајуће просторије, техничку опрему и – што је најважније – квалитетне и обучене професионалце (превасходно економисте и правнике). Разумно је очекивати да се врхунски стручњаци у такву службу могу привући само ако су им понуђене одговарајуће зараде – упоредиве са оним зарадама које би могли зарадити на тржишту радне снаге, односно у приватном сектору.

Издаци за озбиљно спровођење закона о заштити конкуренције су високи

Све ово значи да су издаци за озбиљно спровођење закона о заштити конкуренције високи. Држава, наравно, гледа да уштеди где може, па се, с обзиром на то каква је природа деловања тела за заштиту конкуренције, при финансирању тела за заштиту конкуренције могу створити погрешни подстицаји. На пример, ако би се финансирање тела за заштиту конкуренције базирало на ономе што то тело наплати током свог рада, могло би се десити да оно постане превише заинтересовано да неког учесника казни (и казну наплати), него да исправно одмери да ли је дошло до повреде конкуренције, односно да ли је казна уопште на месту. Овакви поремећаји се предупредују тиме што се предвиђа да се казне уплаћују у државни буџет, а не у касу тела за заштиту конкуренције, односно да буџет тог тела не зависи од износа казни које је наплатило. Ипак, понегде се предвиђа да се тело за заштиту конкуренције (осим из буџета) финансира и од накнада које само наплаћује за свој рад. На пример, то тело може наплаћивати накнаду за пријаве концентрација или за пријаву оцене дозвољености неког споразума. Предност овог решења лежи у томе да повећани обим послова (и повећани број пријава) увећава и износ наплаћених накнада, из чега се опет могу запослити одговарајући професионалци који ће се изборити са повећаним приливом посла. Лоша је страна овог решења то што се, ако се накнаде одмере у високом износу, привредни субјекти заправо прикривено опорезују. Ако је накнада за, на пример, пријаву концентрације превисока, она *de facto* представља порез на концентрације, па стога утиче на одлуке учесника на тржишту – ствара се подстицај да се одустане од концентрације која би се, да нема оваквог износа накнаде, ипак одиграла (уколико буде допуштена).

Накнаде које се наплаћују треба да буду тако одмерене да искључиво покривају трошкове обраде поднесеног захтева

Стога накнаде које се наплаћују треба да буду тако одмерене да искључиво покривају трошкове обраде поднесеног захтева, а не и да представљају извор богаћења тела за заштиту конкуренције или извор додатних буџетских прихода. Не само да би се на тај начин умањила дисторзија до које неминовно долази на страни подстицаја за понашање учесника на тржишту, већ би се умањили и погрешни подстицаји понашању тела за заштиту конкуренције. Наиме, уколико би накнада за пријављивање концентрација била виша од стварних трошкова, онда би тело за заштиту конкуренције имало подстицај да се претерано бави контролом концентрација, будући да је такав посао „профитабилан“. Уколико се накнаде сливају у државни буџет, постојао би подстицај за државу да ниско постави праг концентрације и тиме поспеши буџетске приходе.

Учесницима на тржишту треба пружити правно средство против одлуке за коју сматрају да је донета неправедно и на њихову штету

Већ је било речи да је у већини система главни терет примене закона на административним телима за заштиту конкуренције, која надгледају понашање учесника на тржишту, отварају поступке и евентуално кажњавају оне за које сматрају да прописана правила крше. Изузетак је амерички систем у коме се главне „битке“ одмах започињу пред кривичним или парничним судовима. Ипак, чак ни у системима где је главни терет на администрацији, она није и једина која тај терет носи. Гдегод неко врши власт, постоји опасност да погрешно. Тако и тело коме је у задатак стављено да заштити конкуренцију може да грешком спречи концентрацију коју је требало дозволити, да казни картелисте који то нису били, или да казни предузеће које није доминантно на тржишту (или јесте доминантно, али ту своју надмоћ није злоупотребило). Стога је неопходно учесницима на тржишту пружити правно средство против одлуке за коју сматрају да је донета неправедно и на њихову штету.

Поступци пред судом умеју да потрају

То се постиже тиме што се дозвољава да одлуку тела које штити конкуренцију преиспита суд. На пример, према нашем Закону о заштити конкуренције, против решења Комисије може се повести управни спор – тужба се подноси Управном суду. Против одлу-

ка Европске комисије може се водити поступак пред европским Првостепеним судом (CFI), а на одлуку тог суда странка се може жалити Европском суду правде (ECJ). Оваква решење ипак нису савршена. Поступци пред судом умеју да потрају, што је нарочито штетно у случајевима када се странка жали на то да јој је тело за заштиту конкуренције блокирало планирану концентрацију. Ако се поступак против такве одлуке одужи, или пак суд нападану одлуку укине и предмет врати на поновно одлучивање телу за заштиту конкуренције, може проћи повољна пословна клима у којој је планирана концентрација била исплатива и имала смисла са становишта друштвеног благостања. Друга несавршеност овог решења је што је тешко оспособити судове за разматрање тако сложених и специфичних предмета какви су они који се тичу заштите конкуренције. Они траже јединствену комбинацију познавања економских и правних питања и доста су различити од типичних случајева које пред собом имају судије, нарочито судије специјализоване за преиспитивање одлука управе. Адекватна обука и специјализација судија изискује ресурсе: време и новац. То практично значи да осим оних сасвим очигледних трошкова (организовања и одржавања рада тела за заштиту конкуренције), заштита конкуренције ствара додатне трошкове и у оквиру правосуђа.

Одлуке нижестепених судова се могу преиспитати пред вишим судовима

У америчком систему, у коме је на судовима целокупан терет одлучивања, деценије праксе и јуриспруденције су учиниле да се америчке судије нешто радије и нешто умешније хватају у коштац са проблематиком права заштите конкуренције. Наравно, у том систему се одлуке нижестепених судова могу преиспитати пред вишим судовима. Ширина тог преиспитивања је већа него у гореописаном систему управног спора који преовлађује у другим земљама.

Каква треба да буде примена закона?

На крају разматрања основних питања примене закона о заштити конкуренције треба поставити питања о томе шта су, односно шта треба да буду пожељни ефекти примене закона о заштити конкуренције? Другим речима, каква треба да буде примена овог закона која би стварала добре подстицаје за економску ефикасност и привредни напредак?

Веома је битно да се закон о заштити конкуренције спроводи на конзистентан начин

Примена закона о заштити конкуренције треба да умањи неизвесност са којом се суочавају привредни субјекти, учесници на тржишту. У условима слободне конкуренције сваки од конкурената се суочава не само са конкурентским притиском, него и са комерцијалним ризиком, неизвесношћу у погледу промена на страни понуде и на страни тражње. Због тога је потребно минимизовати регулаторни ризик, неизвесност у погледу промене прописа, што поред промене самих прописа подразумева и промену начина на који се они спроводе. Стога је веома битно да се закон о заштити конкуренције спроводи на конзистентан начин – да у истим ситуацијама исход примене закона буде истоветан.

Примену закона не треба процењивати само по томе шта се дешава – она се мора процењивати и са становишта онога што је могло да се догоди, а није

Надаље, генерална превенција увек делује. Она предупредује кршење закона, али у зависности од начина његове примене, уколико се примени са превише „ентузијазма“ може да предупреди и одређена понашања која доводе до јачања конкуренције, односно до повећања економске ефикасности. Уколико, на пример, тело за заштиту конкуренције примењује закон тако да масовно не одобрава концентрације, учесници потенцијалне концентрације, нарочито они привредни субјекти који разматрају могућност преузимања неког привредног друштва једноставно ће одустати од такве концентрације, без обзира на то што је она у сваком случају пожељна са становишта друштва. Дакле, примену закона не треба процењивати само по томе шта се дешава – она се мора процењивати и са становишта онога што је могло да се догоди, а није.

Капитал је плашљива животиња, а хајка на такву животињу обично се завршава њеним бегом

Треће, учесници на тржишту се увек прилагођавају новонасталој ситуацији и увек имају неки одговор. Уколико примена закона буде неуједначена и нерегуларна, уколико таква примена закона доведе до за њих неприхватљивог раста регулаторне неизвесности, они ће једноставно напустити тржиште, а можда и земљу. Капитал је плашљива животиња, а хајка на такву животињу обично се завршава њеним бегом.

Активности званичника искључиво треба да буду у функцији спровођења закона

Коначно, примена закона је јако озбиљна ствар и у њој не треба да буде било чега личног. У том смислу, активности званичника тела за заштиту конкуренције искључиво су, односно треба да буду, у функцији задатка тог тела – спровођења закона. Стога и наступи тих званичника у јавности морају да буду усредсређени на спровођење закона и заступање политике заштите конкуренције, а не на личну промоцију.

Није лако штитити конкуренцију

Није лако примењивати закон о заштити конкуренције, односно шире посматрано, није лако штитити конкуренцију. Ипак, све ове тешкоће не треба да нас обесхрабре, већ само да нас учине опрезнијим, озбиљнијим и одговорнијим.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

339.137.2

БЕГОВИЋ, Борис, 1956-

Шта је то конкуренција и како се штити? /
Борис Беговић, Владимир Павић. - Београд :
Центар за либерално-демократске студије, 2010
(Београд : Политика). - 46 стр. ; 24 cm

Тираж 90.000.

ISBN 978-86-83557-56-1

1. Павић, Владимир, 1971- [аутор]

а) Конкуренција

COBISS.SR-ID 174056204



www.clds.rs
office@clds.rs