

Др Дијана Марковић - Бајаловић¹⁾

Право конкуренције и заштита инвеститора – Легитимна конкурентска борба и елиминисање конкуренције

Резиме

Сваки инвеститор је истовремено учесник тржишне утакмице, чији легитимни интереси могу бити повређени од стране других учесника, његових конкурената. Право конкуренције омогућује заштити инвеститора ако се радње конкурената којима је инвеститору нанета штета могу квалификовати као радње којима се сиречава, ограничава или нарушава конкуренција. У ујоредном законодавству постоји проблем разликовања понашања која су саставни део легитимне конкурентске борбе од понашања која имају штетне последице на тржишну утакмицу у целини, због чега су противзаконита. Анализа ујоредног законодавства у овом раду има за циљ да издвоји принципе којима се сирани органи за заштиту конкуренције руководе приликом санкционисања одређених тржишних понашања, а који могу бити од користи у примени Закона о заштити конкуренције.

Кључне речи: *заштита конкуренције, злоупотреба доминантног положаја, монополизација.*

Циљ Закона о заштити конкуренције,²⁾ одређен у члану 1, је "обезбеђење равноправности учесника на тржишту, у циљу подстицања економске ефикасности и остваривања економског благостања друштва у целини, нарочито потрошача". Наведеним се непосредан циљ - "обезбеђење равноправности учесника на тржишту" ставља у функцију посредних циљева: подстицања економске ефикасности и остваривања економског благостања друштва у целини. Одатле происти-

1. Ванредни професор Правног факултета Источно Сарајево и заменик председника Савета Комисије за заштиту конкуренције.
2. "Сл. гласник РС", бр. 79/2005.

че да се равноправност учесника на тржишту штити само ако се тиме подстиче економска ефикасност и остваривање економског благостања друштва. Појединачни интерес учесника на тржишту подређен је општем интересу како је у Закону одређен.

На потенцијално размимоилажење појединачног и општег интереса у примени прописа о заштити конкуренције указује и крилатица за којом се често посеже у стручној литератури: "Циљ политике конкуренције је да штити конкуренцију, а не конкуренте".³⁾ Другим речима, органи за заштиту конкуренције треба да санкционишу понашања којима се наноси штета појединим конкурентима, само ако та понашања угрожавају или спречавају одвијање конкуренције на одређеном тржишту.

Наведени став начелно не изазива недоумице, али проблем настаје приликом његове конкретизације, када треба просудити да ли је конкретно тржишно понашање штетно само у односу на појединог конкурента или у односу на конкуренцију као такву? Проблем постаје још сложенији када се зна да упоредно законодавство о заштити конкуренције садрже крајње уопштене дефиниције забрањених понашања. Тако члан 82. Уговора о оснивању ЕЗ, који је нашем законодавцу послужио као узор, забрањује сваку злоупотребу доминантног положаја и наводи, *exempli causa*, поједина забрањена понашања.⁴⁾ Амерички Шерманов закон лаконски у члану 2. проглашава забрањеним све радње или покушаје монополисања било којег дела трговине или промета.

Како би се утврдили принципи на основу којих се, у примени правила конкуренције, разликују тржишна понашања која угрожавају или спречавају конкуренцију од оних која су штетна само у односу на поједине конкуренте, а имјаући у виду још увек штуру праксу Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије, потребно је осврнути се на праксу страних органа за заштиту конкуренције. У фокусу нашег рада биће однос према понашањима усмереним на елиминисање конкурената са тржишта, где је опасност да се занемари општи интерес и протежира појединачни највећа.

3. Види за све: OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee: *Competition on the Merits*, DAF/COMP(2005)27.

4. На одговарајући начин се чланом 18. Закона о заштити конкуренције злоупотреба доминантног положаја дефинише као "радње којима се ограничава, спречава или нарушава конкуренција, а нарочито радње којима се: 1) непосредно или посредно намећу неправедне куповне или продајне цене или други неправедни услови пословања; 2) ограничава производња, тржиште или технички развој, на штету потрошача; 3) примењују неједнаки услови пословања на исте послове са различитим учесницима на тржишту, чиме се доводе у неповољнији положај у односу на конкуренте; 4) условљава закључење уговора тиме да друга страна прихвати додатне обавезе које, по својој природи или према трговачким обичајима, нису у вези са предметом уговора.

1. Европска унија

У складу са праксом Суда правде злоупотреба доминантног положаја постоји ако су испуњена два критеријума: да понашање предузећа одступа од нормалне конкуренције и да то понашање спречава даље одвијање конкуренције у постојећем интензитету или јачање конкуренције: "Појам злоупотребе је објективан појам, односећи се на понашање предузећа у доминантној позицији које је такво да утиче на структуру тржишта, на коме је, као резултат чињенице присуства предузећа у питању, интензитет конкуренције ослабљен, и које, прибегавањем методама различитих од оних које би условила нормална конкуренција у производима и услугама, има за последицу спречавање одржавања постојећег степена конкуренције на тржишту или раст те конкуренције."⁵⁾

Понашање одступа од нормалне конкуренције када се не може оправдати никаквим објективним разлозима, као што је потреба доминантног предузећа да повећа сопствену ефикасност или да заштити своја легитимна права.⁶⁾ У складу са тим, једно исто понашање ће у склопу одређених околности бити квалификовано као злоупотреба доминантног положаја, док ће се у другим околностима прогласити легитимном конкурентском борбом.

Пример за наведено су бројни случајеви који су имали за предмет праксу појединих компанија да својим купцима одобравају попусте и рабате по различитим основама. Тако су рабати или попусти који се дају за куповину већих количина робе начелно допуштени. По правилу продаја већих количина робе одједном доноси уштеде продавцу. Изузетно, они ће бити забрањени ако је разлог давања попушта намера да се купац веже за једног продавца и онемогући се продавчевим конкурентима да продају своју робу том купцу. Тако је компанија Hoffmann-La Roche кажњена, јер је одобравала попусте свим купцима који су највећи део својих потреба задовољавали куповином код ове компаније, независно од тога о коликим се количинама (великим или малим) заиста радило.

Случајеви одбијања закључења уговора или једностраног отказа уговора имају специфичну тежину, јер се обавезивање доминантног предузећа да закључи уговор или продужи уговорне односе супротставља начелу слободе уговарања, општеважећем у тржишним привредама. Упркос снази начела, европски органи склонили су да га занемаре, избацујући са листе оправданих разлога чак и оне који имају утемељење у економској рационалности. У случају *Commercial Solvents*,⁷⁾ Суд правде је одбио да прихвати као оправдан разлог за раскид уговора о снабдевању сировином за производњу лекова намеру тужене компаније да снабдева сопствену филијалу, која је требало да започне производњу одговарајућег лека. Слично резонување примењено је у случају *Telemarketing*,⁸⁾ где је белгијска телевизиј-

5. *Hoffmann-La Roche v. Commission*, 1979, ECR 46.

6. Faull, Nikray, *The EC Law Of Competition*, Оксфорд, 1999, стр. 149.

7. 1974, ECR 223.

ска компанија осуђена, јер је одбила да прода време за емитовање телешоп емисија са жељом да омогући обављање исте активности сопственој компанији кћерки. Став европских органа је да и када постоје оправдани економски разлози за одређено понашање доминантног предузећа, оно ће ипак бити противзаконито ако има за последицу слабљење компетитивне структуре релевантног тржишта.⁹⁾

Оправдан разлог постојаће у случају несташице одређеног производа на тржишту, када доминантно предузеће не може да задовољи потребе свих својих клијената.¹⁰⁾ Оправдано може бити понашање које представља реакцију на одговарајуће понашање конкурента, али и такво понашање може бити противзаконито ако има за циљ јачање доминантног положаја. Чак и када је допуштена, реакција на понашање ривала мора бити пропорционална, имајући у виду његову економску снагу.¹¹⁾

У делатностима које имају карактеристике природног монопола,¹²⁾ као што су енергетика, телекомуникације, саобраћај и слично, одбијање доминантног предузећа да омогући конкурентима коришћење сопствених инфраструктурних капацитета представља злоупотребу доминантног положаја, ако је конкурентима немогуће или изузетно тешко да изграде сопствене капацитете. Пресудан критеријум је економичност дуплирања капацитета, а не апсолутна висина почетних улагања. Потребно је доказати да потражња за одређеном услугом на релевантном тржишту није у обиму који омогућује да два или више конкурената остварују приход који покрива и фиксне трошкове (трошкове улагања у изградњу инфраструктурних капацитета) и варијабилне трошкове (трошкове непосредно везане за пружање услуге поједином кориснику). У супротном, чињеница да потенцијални конкурент нема довољно средстава да изгради сопствене капацитете неће сама по себи бити довољна да се доминантном предузећу наложи до омогући коришћење сопствене инфраструктуре.¹³⁾

Доминантно предузеће мора доказати постојање оправданог разлога. Уколико у томе не успе, одсуство намере елиминисања конкурента или чак и свести о томе неће имати утицаја на квалификацију понашања као противзаконитог.¹⁴⁾ Ово стога што је за антиконкурентски ефекат понашања небитна свест или (зла) намера на страни предузећа које га упражњава.

8. *Telemarketing v. CLT*, 1985, ECR 1869.

9. *Competition on the Merits*, *op. cit.*, стр. 222.

10. *BP v. Commission*, 1978, ECR 1513.

11. *United Brands v. Commission*, 1978, ECR 207.

12. Делатности чије обављање захтева изградњу скувих инфраструктурних капацитета, где због великих фиксних трошкова производње дуплирање капацитета није економично.

13. *Oscar Bronner GmbH & Co v. Mediaprint Zeitung*, 1998, случај C-7/97; види такође и прилог Европске комисије у *Competition On the Merits*, *op. cit.*, стр. 222.

14. *BPB Industries*, 1993, ECR II-00389.

Последице понашања доминантног предузећа на стање конкуренције на релевантном тржишту цене се узимањем у обзир елемената тржишне структуре, као што су број конкурената и препреке за улазак на тржиште. У напред цитираној одлуци¹⁵⁾ Суд правде констатује да је на тржишту на коме је присутно доминантно предузеће конкуренција већ значајно ослабљена. Отуда нестајање макар и једног конкурента са тржишта значи даље погоршање услова конкуренције, па је интервенција органа ЕУ у циљу омогућавања његовог опстанка на тржишту неопходна. На одговарајући начин се морају санкционисати понашања којима се спречава приступ нових конкурената на тржиште. У одлуци се не истиче, али из постојеће праксе органа ЕУ видљиво је да се реагује и када понашање доминантног предузећа има утицаја на стање конкуренције на тржиштима на којима није присутно као конкурент. Реч је о усходним и нисходним тржиштима, односно тржиштима на којима се доминантно предузеће појављује као купац или продавац једног од тамо присутних конкурената.

Није неопходно да је понашање доминантног предузећа стварно довело до елиминисања конкурента са тржишта. Довољно је доказати вероватноћу наступања такве последице.¹⁶⁾ Ово тим пре што активност органа за заштиту конкуренције треба да има преваходно превентиван карактер – ултимативан циљ је спречавање ограничавања конкуренције, а не санкционисање доминантног предузећа.

2. Сједињене Америчке Државе

Нужност дефинисања прецизних критеријума за разграничења легитимне конкурентске борбе од понашања којима се елиминише конкуренција се континуирано истиче од стране америчких органа. Конкуренција је сурова и кажњава тржишне учеснике који су мање ефикасни у односу на своје ривале, тако што их елиминише са тржишта. Одлазак једног конкурента са тржишта и долазак другог је нормална појава у условима конкуренције.¹⁷⁾ Компаније које су захваљујући сопственој иновативности и ефикасности победиле у конкурентској борби, освојивши монополски положај, не смеју бити кажњене због тога, јер би то деморалисало остале учеснике тржишне утакмице: "Успешан конкурент, подстицан да се такмичи, не сме бити оборен када победи."¹⁸⁾ Друго, захтев правне сигурности, који за пословне људе значи да унапред и са извесношћу знају да ли је одређено понашање кажњиво или не, остварује се само ако су одређена понашања унапред квалификована као допуштена или противзаконита, или ако су макар утврђени принципи на основу којих ће се квалификација вршити.

15. Види горе, фуснота 6.

16. Faull, Nikray, *op. cit.*, стр. 149.

17. *Federal Trade Commission v. Anheuser-Busch Inc.* 363 US 536 (1960).

18. *United States v. Aluminium Company of America*, 14F. 2d 416, 430 (2d Circuit, 1945).

Илустрација наведених ставова јесте однос америчких органа према предаторској пракси – понашању које се састоји у намерном обарању цена сопственог производа до нивоа који остали конкуренти не могу да прате, како би се елиминисали са тржишта. Конкуренција ценама представља срж конкурентске борбе. Ефикаснији конкурент (онај чији су трошкови производње по јединици производа мањи) у прилици је да тржишту понуди свој производ по нижој цени. Тиме ће привући купце, елиминисати остале конкуренте и освојити тржиште. Корист за потрошаче је евидентна, јер купују производ по нижој цени. Како разликовати легитимну конкуренцију ценама, од тактике која има за једини циљ елиминисање конкурента, када она подразумева идентично понашање – снижавање цена сопственог производа?

Америчка теорија¹⁹⁾ и судови разрадили су економски тест на основу кога се препознаје предаторско понашање. Ако се пође од претпоставке да је максимирање профита природан интерес сваког учесника тржишне утакмице, свако обарање цена од стране фирме у монополском положају могло би потенцијално представљати предаторско понашање. Међутим, америчко право се определило за критеријум који не оставља места дилеми. Само у случају да фирма наплаћује цене које су испод њених варијабилних трошкова,²⁰⁾ судови ће моћи да санкционише такво понашање као предаторску праксу. Друго, потребно је доказати да је фирма у питању краткорочно жртвовала свој профит у намери да дугорочно оствари или задржи тржишну моћ.²¹⁾ Када фирма наплаћује цену која покрива њене варијабилне трошкове и оставља јој простора за извесну зараду, такво понашање је са становишта америчких антимонополских органа легално: "Опште је правило да елиминишући ефекат цена изнад релевантне мере трошкова или одликава нижу трошковну структуру осумњиченог предатора, и тада представља легитимну конкурентску борбу, или је изван практичних могућности судске контроле, због недопустивог ризика да се забрани легитимно снижавање цена."²²⁾ Јер, могу постојати различити оправдани разлози зашто фирма не максимизира свој профит, већ се свесно одриче дела зараде: жеља да се промовише нов производ на тржишту, потреба да се испразне стокони, реакција на агресивно понашање ривала.

Корисно је овде направити поређење са праксом европских органа, која одликава тенденцију да се санкционишу и понашања у оквиру сиве зоне легалности. Када фирма у доминантном положају наплаћује цене које не покривају њене про-

19. Areeda, P, Turner, D, *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, Harvard Law Review, бр. 4/1975.

20. Прецизније, цена се пореди са просечним варијабилним трошком, који се добија када се укупни варијабилни трошкови поделе са укупним бројем јединица производа. Он се разликује од маргиналног трошка, што је варијабилни трошак за сваки поједини производ. Маргинални трошак, иако прецизнији податак, у пракси се тешко може утврдити. Стога се користи податак о просечном варијабилном трошку. Areeda, Turner, *op. cit.*, стр. 725.

21. *Brook Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 US 209, 226 (1993).

22. Исто.

сечне варијабилне трошкове, такво понашање само по себи је довољан основ за претпоставку да се ради о предаторској пракси. Ако фирма наплаћује цене које су изнад просечних варијабилних трошкова, али испод укупних трошкова,²³⁾ такође ће постојати претпоставка о предаторском понашању, под условом да постоје докази о намери елиминисања конкурента.²⁴⁾ Овај став је критикован у теорији, јер се ослања на доказивање намере елиминисања конкурента, која је инхерентна конкурентској борби.²⁵⁾

Пример са предаторском праксом пружа објашњење за начелан став америчких органа у санкционисању елиминаторских понашања. Понашање ће бити санкционисано само ако је без икаквог економског резона, односно ако не постоји никакво економско оправдање за такво понашање ("no economic sense" тест). Ако фирма наплаћује цене које не покривају ни њене варијабилне трошкове, такво понашање тешко да је могуће оправдати било каквим економским разлозима. У случају цена које су на нивоу или изнад варијабилног трошка, ти разлози, како је горе показано, итекако постоје.

Тест одсуства економског резона користи се за оцену легалности других облика понашања фирми у монополском положају. У чувеном случају Microsoft²⁶⁾ разлог за осуду праксе компаније да купцима Windows оперативног система у пакету продаје и софтвер за претраживање интернета био је у томе што такво понашање "није имало икаквог економског смисла осим да елиминише или ублажи конкуренцију". Слично је образложење за санкционисање компаније која је одбијала да продаје своје производе дистрибутерима који су куповали и производе конкурентских компанија.²⁷⁾

3. Велика Британија

Британски органи за заштиту конкуренције истичу немогућност *ex ante* издвајања тржишних понашања у категорије анти- и про-компетитивних понашања. Увиђајући да већина понашања може имати, у различитим околностима, негативне или позитивне ефекте по конкуренцију, залажу се примену одговарајућих критеријума за разликовање забрањених од допуштених понашања, као што су:²⁸⁾

1) Тест користи за потрошаче. Понашање којим се не наноси штета потрошачима, непосредно или посредно, редовно се не санкционише. Мана теста што је у пракси тешко доказати будућу штету потрошачима. Стога се британски органи задовољавају тиме да се демонстрира вероватна могућност наношења штете. Бри-

23. Укупни трошкови обухватају фиксне и варијабилне трошкове.

24. *AKZO, OJ L374/1*, 1985.

25. *Faull, Nikpay, op. cit.*, стр. 171.

26. *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34 (D. C. Circuit 2001).

27. *United States v. Dentsply Inter. Inc.*, 399 F. 3d 181 (3d Circuit 2005).

28. *Competition on the Merits, op. cit.*, стр. 200.

тански приступ покушава да помири недостатке европског и америчког приступа. То је видљиво у примеру предаторског понашања. Европско право не поставља као услов санкционисања доказивање могућности доминантног предузећа да изгубљени профит надокнади касније, када своје конкуренте елиминира са тржишта. Амерички судови захтевају доказивање "опасне вероватноће" наступања такве последице.²⁹⁾ За британске органе је довољно разумно предвиђање да ће предатор накнадно моћи да подигне цене и надокнади изгубљено;

2) Тест жртвовања профита се састоји у испитивању да ли одрицање од профита служи икаквом другом циљу, осим елиминисању конкуренције. Тест је сличан америчком тесту одсуства економског резона по томе што се његова примена састоји у елиминисању других могућих разлога за одређено понашање. Разлика је у томе што је тест жртвовања профита примењив само на понашања чији је саставни елемент одрицање од профита (предаторска пракса), док је тест одсуства економског резона свеобухватнији. Он такође има одређене мане. Највећа је у томе што је тешко доказати колики је максималан профит који фирма може оствари, како би се утврдило да ли се уопште одриче профита;

3) Тест подједнако ефикасног конкурента састоји се у испитивању да ли би одређено понашање имало за последицу елиминисање конкурента који су је подједнако ефикасни као и доминантна фирма. Ако су подједнако ефикасни конкуренти у стању да парирају понашању доминантне фирме (на пример, да прате снижавање цена) понашање представља легитимну конкурентску борбу. Проблем практичне примене теста је у томе што не тржишту често нису присутне фирме које су подједнако ефикасне.

Описани приступ, по мишљењу британских органа, омогућује конзистентну примену правила конкуренције у складу са економским циљевима којима служе, али трпи критике стручне јавности, јер не обезбеђује у довољној мери правну сигурност.³⁰⁾ Тестови су спекулативни, односно састоје се у прогнозирању будућих тржишних дешавања. Друго, они не омогућују превентивно деловање, које подразумева реаговање органа за заштиту конкуренције у најранијој фази, када понашање доминантне фирме још није изазвало негативне последице по конкуренцију, јер спровођење тестова захтева сложену и, самим тим, дуготрајну, тржишну анализу.

29. Ово стога што је претпоставка санкционисања предаторског понашања и других облика злоупотребе доминантног положаја у европском праву утврђивање постојања доминантног положаја, док се у америчком праву санкционише и "покушај монополисања", односно понашање фирме које још увек нема монополски положај. Предузеће које ужива доминантан положај је већ у прилици да наплаћује цене и примењује услове пословања не водећи рачуна о својим конкурентима и купцима. (То је садржина дефиниције доминантног положаја у европском праву). Стога је непотребно доказивати како ће се понашати када свој доминантан положај ојача елиминисањем конкуренције.

30. Böge, Ulf, *The Role of Economics in Antitrust Enforcement - a German and European Approach*, Конференција "Antitrust Reform in Europe: A Year in Practice", Брисел, 2005.

4. Немачка

Немачки Закон против ограничавања конкуренције експлицитно утврђује критеријуме на основу којих цени понашање предузећа у доминантном положају, прописујући да је понашање којим се одстрањује конкурент са тржишта или умањују његове конкурентске могућности противзаконито ако се тиме изазивају штетне последице за конкуренцију у целини и ако за понашање нема стварно оправданог разлога.³¹⁾ За разлику од других посматраних законодавстава, немачко законодавство прописује и поједине облике забрањених елиминаторских понашања, између осталог: продају испод цене коштања (предаторска пракса), у члану 20. став 4, као и одбијање приступа инфраструктурним мрежама, у члану 19. став 4. тач. 4. У опису забрањених понашања елеменат оправданости појављује се као лајтмотив – понашање је противзаконито ако за њега не постоје стварно оправдани разлози. У процени постојања оправданог разлога узимају се у обзир легитимни интереси како предузећа у доминантном положају, тако и његових конкурентата. Интереси једних и других морају бити избалансирани.

У тежњи да повећа транспарентност одредаба немачког закона којима се забрањује злоупотреба доминантног положаја, Савезна канцеларија за картеле је издала Саопштење о примени одредбе члана 20. став 4. реченица 2. Закона против ограничавања конкуренције на случајеве предаторске праксе.³²⁾ У Саопштењу се прецизира да је продаја испод цене коштања противзаконита ако није привременог карактера и ако за њу не постоје стварно оправдани разлози. Привременог карактера је свака продаја испод цене коштања која не траје дуже од три недеље. За осуду предаторске праксе није потребно доказати постојање намере да се елиминише конкурент, нити да је дошло до осетних ограничења конкуренције. Предузеће против кога се води поступак може оборити претпоставку да се ради о предаторској пракси само ако докаже да је имало оправдан разлог за продају испод цене коштања. Начелно, реакција на понашање конкурента која се састоји у праћењу његових цена (снижавању) не сматра се оправданим разлогом, јер су конкуренти предузећа у доминантном положају најчешће мала и средња предузећа, који нису равноправни у конкурентској борби. Оправдан разлог постоји ако се продаје испод цене коштања роба која је лако кварљива или је реч о роби сезонског карактера. Оправдане су, такође, продаје промотивног карактера, када предузеће први пут иступа на тржишту.

Пример за примену одредаба о забрани продаје испод цене коштања је одлука Савезне канцеларије за картеле у случају Луфтханза/Германија.³³⁾ Савезна канцеларија за картеле је забранила предаторско понашање авио-компаније Луфтханза,

31. Члан 19. став 4. тач. 1.

32. Bekanntmachung Nr. 124/2003 des Bundeskartellamtes zur Anwendung des Par. 20 Abs. 4 Satz 2 GWB (Angebot unter Einstandpreis).

33. Deutsche Lufthansa/Germania, одлука Савезне канцеларије за картеле В9 - 144/01.

због тога што је наглим обарањем цена својих авио карата покушала да истисне новог конкурента, компанију Германија са руте Берлин – Франкфурт. Пошто је Германија понудила цену за карту у једном смеру од свега 99 евра, Луфтханза је оборила цене својих карата на истој рути за читавих 485 евра. Савезна канцеларија за картеле је наложила Луфтханзи да не сме продавати карте на тој рути испод цене од 134 евра, што је по налазу Канцеларије била цена која покрива трошкове Луфтханзе. Апелациони суд је потврдио одлуку Канцеларије, нагласивши да у овом случају није реч о очувању постојеће тржишне структуре, већ о заштити новог конкурента. Одлука је значајна, јер је, осим заштите Германије, спречила потенцијални психолошки ефекат понашања Луфтханзе на конкуренте на осталим линијама. Свесни агресивне реакције Луфтханзе на појаву Германије, они би се уздржали да се упусте у конкуренцију са водећом немачком компанијом.³⁴⁾

Закључна разматрања

У области права конкуренције постоји латентан сукоб два подједнако важна општа интереса: интереса правне сигурности и интереса конзистентне примене економских принципа. Први интерес бива задовољен ако су правна правила општег карактера, довољно одређена, лако сазнатљива и унапред позната субјектима на које се односе. Други интерес остварује се анализом тржишних појава и понашања у сваком конкретном случају и доношењем суда о будућим последицама на основу резултата анализе. Ако се правна правила пропишу унапред на општи и довољно одређен начин, готово да нема простора за спровођење економских анализа. Ако се анализе спроводе у сваком конкретном случају нема места општим правним правилима.

Описани сукоб се у упоредном законодавству разрешава на различите начине. Већина законодавстава, независно од тога да ли припадају англосаксонској или континенталној породици права, прописују забрањена тржишна понашања на врло уопштен, сумаран начин. Конкретизација правила препуштена је извршним органима и судовима. Тиме сукоб није решен, већ је само премештен на нижу раван. Извршни органи и судови су приморани да решавајућу у конкретним случајевима воде рачуна и о захтеву правне сигурности, коме они излазе у сусрет настојећи да формулишу правила која ће се моћи даље примењивати на унапред неодређен

34. Председник Савезне канцеларије за картеле Улф Бега наводи ову одлуку као пример ефикасног реаговања тела за заштиту конкуренције (види горе, фуснота 29). Канцеларија је донела одлуку којом је забранила понашање Луфтханзе свега два месеца након што је ова оборила цене карата. Брзо је реаговао и суд, тако што је прелиминарну одлуку донео свега пола месеца касније. За Бега је ово аргумент у прилог става да право конкуренције треба да има општа правила, уместо да се у сваком поједином случају спроводе дуготрајне економске анализе. По њему: "Већ само постојање тржишне моћи, комбиновано са дуготрајним поступцима, може ограничити конкуренцију, иако нема понашања које би представљало злоупотребу доминантног положаја".

број случајева. Тиме се ствара опасност да се занемаре економски принципи, што процес примене правила конкуренције претвара у *circulus vitiosus*.

Амерички судови проблем разрешавају крајње рестриктивном применом антимонополских прописа, санкционишући само понашања за која је могућност економског оправдања минимална. Насупрот њима, органи Европске уније склонији су ригорознијој контроли понашања предузећа са доминантним положајем. Иако начелно допуштају могућност да предузећа са доминантним положајем докажу економску оправданост свог понашања, неконзистентна пракса органа ЕУ указује да готово свако понашање предузећа са доминантним положајем које може имати за последицу даље погоршање компетитивне структуре релевантног тржишта или спречавање њеног побољшања може бити санкционисано. То стварно значи одустајање од захтева правне сигурности у корист делотворне примене правила конкуренције. Британски органи се експлицитно залажу за економистички приступ који се, због практичних проблема у спровођењу економских анализа, задовољава одлукама које се базирају на прогнозама. То у стварности има за последицу да нити интерес правне сигурности, нити интерес економске конзистентности нису задовољени.

Чини се да је став немачких извршних и судских органа далеко поштенији у односу на предузећа која могу бити изложена санкцијама. После више деценија примене Закона против ограничавања конкуренције, наталожено искуство дозвољава да се пропишу конкретнија правила, допуњена објављеним ставовима извршног органа о критеријумима и правилима којима се руководи приликом примене Закона на одређене облике тржишних понашања. Тиме се постиже двоструки ефекат: задовољено је начело правне сигурности и омогућена је ефикасност вођењу поступка.

Какве се поуке могу извући за нашу праксу? Приликом доношења Закона о заштити конкуренције домаћи законодавац је морао испунити захтеве Европске уније у погледу обавезе усклађивања прописа. Отуда материјалноправне одредбе Закона, као што је то иначе случај код свих нових држава чланица ЕУ, готово да пресликавају релевантне одредбе Уговора о оснивању. Када Република Србија буде потписала споразум о придруживању и стабилизацији са Европском унијом, Комисија за заштиту конкуренције имаће обавезу да се придржава ставова Комисије и Суда правде. То значи да јој није остављена могућност да бира сопствени пут и да формирањем сопствене праксе определи интерес коме ће дати претежан значај.

Овај аутор сматра да је у условима недовољне свести шире јавности о улози и значају права конкуренције врло битно да Комисија поступа доследно, како би се тиме макар минимално задовољио захтев правне сигурности. Економистички приступ би начелно имао за резултат исправније одлучивање, са аспекта економских циљева којима Закон служи, али би се могао створити утисак о непринципијелности у одлучивању, и тиме изазвати неповерење у рад Комисије.

Dijana Markovic-Bajalovic, Ph.D.
Associate Professor, Faculty of Law in Eastern Sarajevo
Deputy President of the Council of the Committee for Competition Protection

COMPETITION LAW AND INVESTOR PROTECTION
- LEGITIMATE COMPETITIVE FIGHT vs. ELIMINATION OF
COMPETITION

Summary

Each investor is at the same time a competitor and his legitimate interests can be infringed by other competitors. Antitrust law protects investor if competitors' behaviour can be qualified as an act which prevents, restricts or distorts competition. Competition authorities face a problem of distinguishing acts which are competition on the merits from acts that restrain competition. In the article the comparative law is analysed with an aim to identify principles guiding foreign competition authorities when implementing competition rules and which can be used by Serbian Competition Commission.

Key words: *competition protection, abuse of dominant position, monopolization*