

др Мирјана ЦУКАВАЦ
Секретар Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори
Србије

ДОКАЗИВАЊЕ ПОСТОЈАЊА ОГРАНИЧАВАЈУЋИХ СПОРАЗУМА У АНТИМОНОПОЛСКОМ ПРАВУ СЈЕДИЊЕНИХ ДРЖАВА

Резиме

Америчко антимонополско право прави суистанцијалну разлику између споразумних активности више фирми и независне активности једне фирме. Због тога уговор, споразумевање или договор између више фирми представљају незаконити удружену активност под условом да неразумно ограничавају трговину за разлику од независног понашања једне фирме које је незаконито само уколико би се сматрало акцијом монополизације.

Доказивање постојања удружене активности неопходно је да би се успоставила одговорност на основу антимонополског права те ће сви нејасни наводи о њеном постојању бити лако одбачени. Постојање репривативног споразума може се доказати како путем директних, тако и индиректних доказа. Амерички судови признају да је само у ретким случајевима на располагању директан доказ о постојању изричитог споразума те да ће доказивање путем индиректних доказа бити не само допуштено већ и једино расположиво. Преиспоставка постојања договора између конкурената на тржишту често се базира на шаблону једнаког пословног понашања, такозваном „свесном паралелизму“ док постојање верификалног споразума може бити изведено на основу постојања раз-

личийих околностий зависно од чињеничној сїања свакој йојединачној случаја.

Кључне речи: сйоразумна актйивностй, директйан доказ, индиректйан доказ, свесни йаралелизам.

I Увод

Шерманов закон из 1890. год. садржи две сумарне одребе материјалне природе које су током 120 године његове примене амерички судови, на првом месту Врховни суд Сједињених Држава, разрађивали и прилагођавали економском развоју америчког друштва. Члан 1 Шермановог закона (15 U.S.C. §§1 et seq.) проглашава нелегалним све уговоре, груписања у облику труста или другачије као и тајне договоре које имају за циљ ограничење трговине док члан 2 истог закона забрањује стицање или одржавање као и покушај стицања монополске моћи. Супстанцијална разлика између ова два члана огледа се у разлици између споразумних и независних активности те је унилатерална активност једне фирме незаконита само под условом ако представља акт монополизације док су споразуми између више фирми незаконити уколико представљају неразумно ограничење трговине.

Доказивање постојања уговора, споразумевања или завере између два или више лица или ентитета представља први и основни корак да би се успоставила одговорност која се базира на повреди члана 1 Шермановог закона. Друго, када се докаже постојање удружене активности, потребно је даље доказати да она представља неразумно ограничење конкуренције и на треће, да погађа трговину између држава-чланица САД или међународну трговину.

Ипак, за неке категорије споразумних активности, као што је већина хоризонталних споразума између конкурената, претпоставља се да увек неразумно ограничавају конкуренцију и без детаљне анализе тржишта на коме се то одиграва, проучавања актуелног ефекта на конкуренцију или процене сврхе за коју се то ограничење употребљава те се такви споразуми сматрају сами по себи – *per se* незаконити.¹ Када су у питању *per se* незаконити споразуми, практично, осим доказивања

1 Врховни суд САД у *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U. S. 1 (1958): „Постоје извесни договори и понашања за која се, због погубног ефекта на конкуренцију и недостатка било каквог надокнађујућег контрадејства, може претпоставити да су неразумна и следствено томе забрањена без вођења детаљне истраге о тачној штети коју су проузроковала или да се било ко може изузети због тога што их је примењивао.“

њиховог постојања, ништа даље више није ни потребно. Када су у питању споразуми који су подвргнути *rule of reason* анализи, који нису сами по себи незаконити већ само уколико представљају неразумно ограничење трговине, и овде полазну тачку представља доказивање постојања споразума, јер уколико овај не постоји не може се ни поставити питање његове незаконитости.

Из свега горе наведеног може се видети да утврђивање постојања недозвољеног споразума представља почетни (а негде и крајњи) услов за успостављање одговорности на основу одредаба антимонополског права те да ће у већини случајева тужени негирати његово постојање у циљу ослобађања од одговорности. Иако на први поглед изгледа лако, одговор на питање да ли постоји неки недозвољен споразум у пракси не мора бити ни мало једноставан и амерички судови су током више од сто година примене Шермановог закона покушали да установе извесне стандарде доказивања на основу којих се може утврдити постојање спорног споразума.

II Појам уговора, споразумевања или завере између два или више лица

Уговор, договор или завера захтевају учешће две или више странке и уобичајено се називају „споразумне активности“ (*concerted actions*).² Употребом више појмова да би означио „споразумне активности“ амерички законодавац истиче да појавне форме ових споразума могу бити веома различите. Овакве активности се по правилу сматрају за опасније од једностраних активности и стога су и строже регулисане јер су „споразумне активности по самој својој природи оптерећене антикомпетитивним ризиком“.³ Због тога што је удружена активност круцијална за успостављање одговорности по члану 1 Шермановог закона, неоправдани и нејасни наводи о постојању заједничке активности лако могу бити одбачени. Тужилац мора идентификовати ко-конспираторе и описати природу и ефекте наведене завере.⁴ Чињеница да (оп)тужени нису имали идентичне мотиве или да је неко или неколико њих био принуђено да учествује у недозвољеним активностима не ослобађа их одговорности.⁵

2 *Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp.*, 465 U. S. 752, 761(1984).

3 Врховни суд САД у *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U. S. 752, 768–69 (1984).

4 У *In re Nine West Shores Antitrust Litigation*, 80 F. Supp. 2d 181,191 (S. D. N. Y. 2000). Такође у *DM Research, Inc. v. College of American Patologists*, 170 F. 3d 53, 55–56 (1st Cir. 1999).

5 *Spectators Communication Network v. Colonial Country Club*, 253 F. 3d 215, 220–221 (5th Cir. 2001) цитирајући *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U. S. 131, 161

Изричити споразум – уговор било у писменој форми⁶ било закључен простом сагласношћу воља (на пример експлицито манифестоване руковањем – „*handshake agreement*“) – без сумње најлакше доказује постојање заједничке активности али такав директан доказ, због свести актера о незаконитости, готово никада или веома ретко ће бити на располагању тужиоцу. Постојање споразума ће се углавном морати извести кроз постојање неких других околности. У протеклих пола столећа амерички судови су се непрекидно борили да дефинишу количину и квалитет доказа који треба да подрже закључак о томе да споразум постоји. Ране одлуке Врховног суда као што је *American Tobacco* дефинисале су споразум као јединство сврхе или заједничку намеру, разумевање или сагласност воља за постизање незаконитог договора.⁷ Касније одлуке су установиле да такво разумевање може бити прећутно, без било какве вербалне комуникације.⁸ Заједничка активност може настати и када странке изричито негирају да су постигле било какав договор као на пример кад је једна странка позивала на активност која је следила њеним предузимањем⁹ или у случају када је једна странка најављивала цене које намерава да наплаћује уз изјаву „да ге не интересује шта ће други да раде“.¹⁰

III Доказивање постојања споразумних активности

1. Директни и индиректни докази за искључење независног деловања странака

У случају *Monsanto*, који ће бити ближе приказан у делу који се тиче доказивања постојања вертикалних споразума, Врховни суд Сједињених Држава је установио модерну формулу непосредних и посредних доказа за постојање заједничке активности.¹¹ Према *Monsanto* стандарду, докази морају искључити независно деловање странака. Због тога мора постојати или директан или посредан (*circumstantial*) доказ

(1948) „Антимонополско право некада не захтева идентичне мотиве између ко-конспиратора, па су чак и невољни учесници одговорни за учешће у завери.“

6 *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 175 U. S. 211, 213–218 (1899).

7 *American Tobacco Co. v. United States*, 348 U. S. 781, 810 (1946).

8 Овакви споразуми, пошто су недвосмислено забрањени, могу настати и без икакве вербалне активности, јер „свесни миг оком може значити више него речи“. *Esco Corp. v. United States*, 340 F. 2d 1000, 1007 (9th Cir. 1965) .

9 *Palmer v. BRG of Georgia, Inc.*, 498 U. S. 46, 49 (1990).

10 *United States v. Foley*, 598 F. 2d 1323,1332 (4th Cir. 1979).

11 *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U. S. 752 (1984).

који потврђује да су странке свесно тежиле заједничком плану намењеном постизању незаконитог циља.¹²

Иако су судови признали да ће у ретким случајевима постојати директан доказ постојање завере ипак у новије време су тужиоци (било државне агенције било приватна лица) чешће успевали да их обезбеде кроз видеотраке, озвучење састанака између конкурената, сведочење учесника и сл.¹³ Много чешће ће тужилац морати да се ослони на посредне доказе, који могу бити веома различити, зависно од околности сваког појединог случаја.

а) Постојање мотива за заверу

У случају да тужилац не поседује уверљиве директне или индиректне доказе за заверу веома је важно доказати да ли су тужени имали мотив за предузимање недозвољене активности. У случају *Matshushita*¹⁴ група америчких произвођача телевизора (*Zenith Radio*) је тужила 21 јапанског произвођача исте робе (*Matshushita*) за заверу која се огледала у томе да је *Matshushita* на јапанском тржишту одржавао вештачки високе цене ТВ апарата како би у исто време извозио и продавао телевизор у Сједињеним Државама по веома ниској цени у циљу избацивања америчких произвођача са тржишта, чиме је прекршио чланове 1 и 2 Шермановог закона схемом завере за монополизацију кроз предаторске цене. Од гомиле презентованих доказа, првостепени суд је нашао да су многи неприхватљиви а они који су прихватљиви да не постављају питање фактичког постојања наводне завере те је донео *summary judgment* у корист *Matshushite*. По жалби, виши суд је изменио првостепену одлуку и нашао да постоје непосредни и посредни докази за заверу. Одлучујући у последњем степену Врховни суд Сједињених Држава је нашао прво, да постоји мало директних доказа за заверу у циљу успостављања предаторских цена и друго, да у фактичком контексту случаја тужбени захтев *Zenith*-а нема економски смисао те да је *Zenith* морао презентовати доказе да је новодна завера била разумна.¹⁵ Завера у циљу предаторских цена по мишљењу Врховног суда је по природи спекулативна и захтева од учесника да издрже значајне губитке да би их надокнадили неизвесним профитом. Због тога је наводна завера, која је трајала двадесет година, у овом случају невероватна.¹⁶ У недо-

12 *Monsanto, ibid*, 768.

13 *United States v. Andreas*, 216 F. 3d 645, 652 (7th Cir. 2000).

14 *Matshushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U. S. 574 (1986).

15 *Matshushita*, 585.

16 *Matshushita*, 588.

статку разумног мотива за предузимање заједничке активности, морају се пронаћи други, недвосмислени докази.¹⁷ Поседовање разумног мотива за организовање или придруживање завери као и понашање које је у складу са независним интересом биће од прворазредне важности за установљење претпоставке постојања завере уколико непосредни и посредни докази нису довољно уверљиви.¹⁸ Односно, како је то касније појаснио Апелациони суд за осми округ постојање завере ће се претпоставити уколико се може доказати да се странка понашала на начин који би био необјашњив у случају да је деловала независно.¹⁹

2. Претпоставка постојања хоризонталног споразума

Наводи о постојању заједничких активности између конкурената најчешће се базирају на моделу истоветног понашања који су судови често називали „свесни паралелизам“. То што се више фирми понаша на истоветан начин ипак само за себе није довољно да би се доказало да између њих постоји споразум.²⁰ Такође, чињеница да је један учесник на тржишту изабрао да копира понашање другог²¹ могла би се објаснити легитимним интересом фирме да предвиди поступке конкурената и на њих одговори на адекватан начин. Да би се доказала завера поред чињенице да фирме делују паралелно потребно је доказати да је паралелизам био резултат споразума.²²

У једном од најранијих случајева *Interstate Circuit v. United States*²³ (који је такође и типичан пример такозване *hub & spoke* завере о којој ће касније бити речи) власници биоскопа за приказивање филмова у неколико градова су користећи свој монопол, оркестрирали активност дистрибутера који су поседовали лиценцу права приказивања филмова. Наиме, схема се састојала у томе да су дистрибутери када би лиценцирали право накнадног приказивања филмова другим биоскопима у истим градовима захтевали од прималаца лиценце да поштује одређену минималну цену улазнице те да се уздрже од приказивања филма на „дуплу“ улазницу са филмом других дистрибутера. Сврха ове конструкције

17 *Matshushita*, 595.

18 *Matshushita*, 588.

19 *E. S. Development, Inc., v. RWM Enterprises, Inc.*, 939 F. 2d 547, 553–554 (8th Cir. 1991).

20 *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.*, 346 U. S. 537, 541 (1954); *Souza v. Estate of Bishop*, 821 F. 2d 1332, 1335 (9th Cir. 1987); *DM Research, Inc. v. College of American Patologists*, 2 F. Supp. 2d 226, 229–230 (D. R. I.) aff'd 170 F. 3d 53 (1st Cir. 1999).

21 *Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Institute*, 851 F. 2d 478, 484–85 (1st Cir. 1988).

22 *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.*, 346 U. S. 537, 541 (1954).

23 *Interstate Circuit v. United States*, 306 U. S. 208 (1939).

била је да се заштите власници биоскопа за премијерне филмове од конкуренције биоскопа за накнадно приказивање који су уобичајено приказивали и филмове других дистрибутера чиме би се фаворизованим биоскопима обезбедила доминација на тржишту. Врховни суд је нашао да је шаблон једнаког понашања осам великих филмских дистрибутера који су наметали готово истоветне рестрикције за приказивање филмова довољан да се претпостави постојање заједничке воље да се фиксира минимална цена биоскопске улазнице и да се лимитира дистрибуција филмова за друго приказивање. Суд је нашао неколико чињеница у прилог овоме: у писму којим се захтевало ово поступање било је наведено свих осам дистрибутера у својству пошилаоца, сваки дистрибутер је знао за уплетеност других и на крају сви су имали јак мотив да предузму антикомпетитивну активност јер су сви били конкуренти и без јединствене акције би били у великом ризику за губитак а са њом су имали добар изглед да забележе профит.²⁴ Како дистрибутери нису успели да докажу никакав алтернативни разлог за паралелно понашање суд је нашао да се сваки од њих појединачно сагласио са предузетим активностима.²⁵

Међутим, доказивање да су паралелне активности резултат споруума није довољно, већ је потребно доказати још један, „плус“ фактор, односно испитивање и тумачење понашања мора бити засновано на пословној логици и мотиву стицања профита. Докази за фактор плус варирају и морају се узети у обзир околности конкретног случаја. Тако фактор плус може бити интерес који може бити задовољен само сличним понашањем, као у претходно наведеном случају,²⁶ вештачка стандардизација производа,²⁷ размена информација која је трајала дуже време,²⁸ подизање цена када постоји превелика снабдевеност тржишта одређеном робом²⁹ и друго.

3. Претпоставка постојања вертикалног споразума

Када су у питању вертикални споразуми мора се поћи од разлике између једностраног понашања, када произвођач на пример објављује какву ће политику цена заузимати у пословању са својим дистрибутерима, од недозвољених међусобних споразума чија је једина сврха

24 *Interstate Circuit*, 222.

25 *Interstate Circuit*, 223.

26 *Interstate Circuit*, 226–228.

27 *C-O-Two Fire Equipment v. United States*, 197 F. 2d 489, 497 (9th Cir.) cer. denied 344 U. S. 892 (1952).

28 *Todd v. Exxon Corp.*, 275 F. 3d 191, 198–199 (2nd Cir. 2001).

29 *American Tobacco v. United States*, 328 U. S. 781, 805 (1946).

ограничење конкуренције.³⁰ Врховни суд Сједињених Држава је у својим најранијим одлукама подржао право произвођача да објављује једнострану политику цена и одбије да послује са дистрибутерима који не желе да је следе.³¹ Каснијим случајевима је ипак лимитирано под којим околностима ће се сматрати да је такво понашање искључиво једнострано.³² Нижи судови су у времену после *Parke, Davis*-а сматрали да се претпоставка вертикалног фиксирање цена може извести из околности прекида сарадње произвођача са оним дилерима који нису следили најављену цену у препродаји, пошто је произвођач примио притужбе од осталих дилера. Водећи прецедент по питању стандарда доказивања постојања вертикалног споразума је Монсанто. У наведеном случају *Spry Rite*, Монсантов дистрибутер на велико пољопривредних хербицида, је одобравао дисконтне цене својим купцима. Монсанто је одбио да обнови уговор о дистрибуцији са *Spry Rite*-ом после сарадње која је трајала једанаест година а *Spry Rite* је такође био онемогућен да купује од осталих Монсантових дистрибутера који су одбијали да му продају хербициде. Врховни суд је у Монсанту, у погледу стандарда доказивања, нашао да је потребно још нешто осим жалби осталих дистрибутера да би се установила претпоставка заједничке активности³³ те да произвођач поседује легитимни интерес да буде заинтересован за цену у препродаји и да има право да о томе размењује информације са дистрибутерима.³⁴ Према мишљењу Врховног суда „природно“ је да се дилери који следе политику цена из препоруке коју је објавио произвођач жале на оне који је не следе те стога уколико би се постојање споразума претпоставило само на основу жалби других дистрибутера или чак из чињенице да је прекид сарадње са неким дистрибутерима дошао пошто су се други жалили то би могло довести до санкционисања потпуно легитимног понашања.³⁵ Да би се закључило да постоји завера морају се наћи и други докази, који искључују да су произвођач и дистрибутери са којима није прекинута сарадња деловали независно један од другог те да морају постојати директни или индиректни докази на основу којих се разумно може закључити да су произвођач и други дилери били свесно посвећени заједничкој схеми намењеној постизању противзаконитог циља.³⁶ Ипак, на основу стандарда доказивања за сваки појединачни случај, Врховни суд је закључио да је Монсанту било довољно по-

30 *United States v. Colgate & Co.*, 250 U. S. 300 (1919).

31 *Colgate & Co.*, 307.

32 *United States v. Parke, Davis & Co.*, 362 U. S. 29 (1960).

33 *Monsanto Co., v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U. S. 752, 762 (1984).

34 *Monsanto, ibid.*

35 *Monsanto*, 763.

36 *Monsanto*, 768.

средних доказа за формирање става пороте да су Монсанто и његови дистрибутери закључили недозвољен споразум. Као посредни докази узети су претња Монсанта једном другом дистрибутеру да ће престати да га снабдева робом уколико не буде продавао по утврђеној цени, обавештење Монсанта упућено *Spray Rite*-у да се остали дистрибутери жале те претња да ће окончати уговор са *Spray Rite*-ом уколико овај на подигне цену, а после раскида уговора о дистрибуцији, илегални бојкот *Spray Rite*-а од стране Монсанта и његових дистрибутера.

Иако је Врховни суд и касније поновио да раскид са неким дилером као одговор на жалбе других дилера не представља сам по себи доказ о постојању споразума,³⁷ нижи судови су остављени да се боре око количине и квалитета посредних доказа којима би се проткрепило постојање вертикалног споразума.

а) Претпоставка постојања хоризонталних споразума насталих као резултат вертикалних – Hub & Spoke Conspiracy

Неке завере имају карактеристике и хоризонталних и вертикалних споразума. Пример за то је такозвана *hub & spoke*³⁸ завера. Врховни суд Сједињених Држава је нашао да су овакви споразуми незаконити и пре него што им је дато име.³⁹ Овакав тип незаконитог понашања постоји када доминантни купац или продавац на релевантном тржишту – *hub* улази у низ вертикалних споразума са снабдевачима или дистрибутерима – *spokes* којима се у ствари оркестрира њихов међусобни договор на хоризонталном нивоу – *rim*. Сами за себе, вертикални уговори који неко склапа са снабдевачима или дистрибутерима не би били незаконити јер произвођач има право да најављује своју унилатералну политику те да оконча уговор са оним дистрибутером који је не следи.⁴⁰ Међутим, оваква серија вертикалних уговора може бити незаконита само уколико се докаже да постоје чињенице које доказују постојање хоризонталног споразума између конкурената – произвођача или дистрибутера.

Поред већ наведеног *Interstate Circuit* случаја новији пример оваквог споразума био је случај *Toys „R“ Us*⁴¹ у коме је *Federal Trade Commission* успела да докаже да је *Toys*, ланац дисконтних продавница

37 *Business Elecs. Corp. v. Sharp Elecs Corp.*, 485 U. S. 717, 726–31(1988).

38 Термин *hub & spoke* је у широкој примени у енглеском језику нарочито у области ваздушног саобраћаја, дистрибуције и сл. Буквално се односи на пренос силе када су у питању точкови. Преносно значење подразумева постојање *hub*-а као главног чворишта одакле иде акција ка приферним деловима – *spoke*.

39 *Interstate Circuit v. United States*, 306 U. S. 208 (1939).

40 *United States v. Colgate & Co.*, 250 U. S. 300, 307 (1919).

41 *Toys „R“ Us v. FTC*, 221 F. 3d 928 (7th Cir. 2000).

играчака, оркестрирао хоризонтални споразум између многобројних произвођача играчака путем креације вертикалних уговора у којима је сваки произвођач играчака обећавао да ће ограничити дистрибуцију својих производа чланицама Заједнице складишних продавница које су имале ниже цене од *Toys*-а, под условом да и други произвођачи ураде исто. Суд је нашао да је FTC сакупила довољно доказа у прилог чињенице да произвођачи играчака нису радили независно те да је *Toys* смислио хоризонтални споразум у циљу бојкотовања конкурената, који треба да буде осуђен без детаљне истраге питања тржишне моћи и његовог про или антикомпетитивног дејства.⁴² У овом случају се није радило само о низу вертикалних споразума које је *Toys* склопио са снабдевачима већ и о хоризонталном споразуму базираном на заједничком разумевању снабдевача, који је *Toys* оркестрирао, да ће свако прихватити споразум ако и други буду то урадили.⁴³

Да би се доказало постојање *hub & spoke* завере, поред идентификовања учесника – *hub* и *spokes* – потребно је презентирати довољно доказа на основу којих би се могло претпоставити постојање хоризонталног споразума између конкурената – *rim*, чиме оваква врста споразума постаје *per se* противзаконита.

б) Везана њредузећа

Питање које се поставља је да ли чланице групе предузећа (мајка, кћерке, унуке или друга везана друштва) могу међусобно сачињавати забрањене споразуме. Пре 1984. год. једна фирма је могла бити одговорна ако је склопила споразум са фирмама у свом потпуном власништву којима су на пример утврђиване цене.⁴⁴ Међутим, 1984. год. Врховни суд је напустио ову праксу у случају *Copperweld*⁴⁵ те одлучио да се активности које су предузете између фирме-мајке и фирме-кћерке у потпуном власништву сматрају као да су предузете од стране једног предузеће и стога не спадају у поље примене члана 1 Шермановог закона.⁴⁶ Врховни суд је резонувао да зато што мајка може у сваком моменту остварити пуну контролу над кћерком ако ова пропусти да делује у мајчином интересу, мајка и потпуно поседована кћерка имају увек јединство сврхе и намере због чега није могуће да се понашају као завереници у смислу члана 1.⁴⁷

42 *Toys „R“ Us*, 936.

43 *Toys „R“ Us*, 932–936.

44 *United States v. Citizens & National Bank*, 422 U. S. 86,116–17 (1975).

45 *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U. S. 752 (1984).

46 *Copperweld*, 768.

47 *Copperweld*, 771–772.

Нижи судови су затим проширили дејство *Copperweld*-а на спору-зуме између сестринских корпорација⁴⁸ те корпорација које поседује и контролише иста група људи.⁴⁹ Врховни суд је међутим оставио отворено питање под којим условима друштво-мајка може бити одговорно за заверу са друштвом-кћери коју не поседује потпуно⁵⁰ те како стандард који је успостављен у *Copperweld*-у применити када су у питању сложеније групације или интересно повезивање које подразумева висок ниво статусне и економске интеграције али мањи него што је постојао у *Copperweld*-у.⁵¹

в) *Joint venture*

Странке не могу избећи одговорност називајући свој уговор бенигним именом *joint venture* јер је одлучујућа природа активности а не њен назив.⁵² Међутим, и код самих *joint venture*-а као и других пословних комбинација мора се узети у обзир степен интегрисаности као и друге околности те у неким околностима они могу деловати као јединствено а у другим као више самосталних предузећа.

ј) *Активности пословних асоцијација*

Под извесним околностима, активности пословних асоцијација могу представљати кршење антимонополског права.⁵³ Споразум између конкурената има исти економски ефекат било да су га постигле фирме међусобно било да је настао као производ одлуке пословне асоцијације или друге групације у коју су фирме учлањене. Иако су многе пословне асоцијације оглашаване одговорним за кршење антимонополског права кроз фиксирање цена,⁵⁴ организовање групног бојкота,⁵⁵ поделу потрошача и територија,⁵⁶ сузбијање потенцијалне конкуренције⁵⁷ то никако

48 *Eichorn v. AT & T Corp.*, 248 F. 3d 131 (3rd Cir. 2001).

49 *Century Oil Tool Co. v. Production Specialites*, 737 F. 2d 1316 (5th cir. 1984).

50 *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U. S. 752, 767 (1984).

51 О случајевима у којима се ово питање поставило више код: Richard J. Yurko, Nicole M. King, *Section 1 of the Sherman Act: Horizontal Restraints of Trade and Communications Among Competitors*, доступно на: <http://www.bizlit.com/docs/about/articles/ShermanAct.htm>.

52 Department of Justice & Federal Trade Commission Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors §3.2 (2000).

53 *California Dental Ass'n v. FTC*, 526 U. S. 756, 781 (1999).

54 *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U. S. 773 (1975).

55 *Fashion Originators Guild of America, Inc. v. FTC*, 312 U. S. 457 (1941).

56 *United States v. Topco Assoc., Inc.*, 405 U. S. 596 (1972).

57 *United States v. Women's Sports Wear Mfr. Ass'n.*, 336 U. S. 460 (1946).

не значи да су све активности пословних заједница незаконите јер је првенствени циљ њиховог оснивања и деловања сасвим законит а то је унапређење делатности у одређеним гранама привреде. Да би једна активност пословне асицијације представљала кршење антимонополског права потребно је да буде предузета у име и за рачун групе.⁵⁸ Ипак, постојање формалне активности није неопходно, већ се понашање пословне заједнице којим се крши антимонополско право може и посредно доказивати.⁵⁹

III Процесне претпоставке, *Twombly* реформа

Рестриктивни споразуми чине *hard-core* америчког антимонополског права за чије је кршења предвиђена како кривично-правна тако и грађанско-правна одговорност. Остављајући по страни кривично извршење за које је искључиво надлежно Министарство правде (*DOJ – Department of Justice*), у грађанско-правном извршењу учествују како државне агенције тако и приватне странке. Ипак, више од 90% грађанско-правног извршења антимонополског права у САД односи се на тужбе приватних лица за надокнаду штете у троструком износу коју су претрпели кршењем антимонополског права.⁶⁰

Амерички грађански поступак кроз који се извршење спроводи је специфичан и веома се разликује од грађанског поступка континенталног права. Да би се уопште прошло на усмену расправу пред поротом (*jury trial*) странке морају претходно проћи кроз поступак *discovery* током кога ће једна од друге захтевати и добијати приступ одређеним документима, сведоцима и другим доказима (ова фаза поступка је непозната континенталним правима). *Discovery* је веома скуп и сложен те да би се спречила његова злоупотреба туженом стоје на располагању различити приговори (*motions*) којима се неутемељена тужба може одбаци у најранијој фази и парница завршити без проласка кроз скуп поступак *discovery*-а. Поред осталих *motions*-а, тужени најчешће подноси захтев да се тужба одбаци (*motion to dismiss*) на основу низа разлога предвиђених Законом о грађанском поступку. *Motion to dismiss* се најчешће подноси због недостака надлежности суда, застарелости (која је у Сједињеним Државама процесна категорија), недостатка активне легитимације на страни тужиоца (што подразумева доказивање да је претрпео штету услед антимонополске повреде, да је директан купац сл.) а нарочито уколико тужилац није успео да успостави еле-

58 *Alvord Polk, Inc., v. Schumacher & Co.*, 37 F. 3d 996, 1009 (3rd Cir. 1994).

59 *Alvord Polk*, 1008–09.

60 15 U. S. C. §15(a).

менте случаја на основу кога би му се досудила трострука накнада штете. Успостављање елемента случаја према члану 1 Шермановог закона претпоставља чињење вероватним постојања споразума два или више лица уз навођење одређене економске теорије према којој је такав споразум незаконит.

Својом недавном одлуком у случају *Twombly*⁶¹ Врховни суд је још више подигао стандарде за успостављање случаја када су у питању доказивање постојања завере у циљу ограничења конкуренције. У наведеном случају, који је био *class action*,⁶² представници класе која је

61 *Bell Atlantic v. Twombly*, 127 S. Ct. 1955 (2007).

62 *Class action* или тужба већег броја тужилаца као процесни институт који је специфичан за право Сједињених Држава који омогућава тужиоцима да туже не само у своје име него и у име одсутних тужилаца који се налазе у истом материјално-правном положају. Остављајући по страни сва процесна, веома често врло компликована правила везана за овај институт а која се тичу испуњавања услова за *class action* у погледу саме класе лица која су тужиоци, додатних услова које поставља процесни закон као и доношење одлуке о цертификовању класе од стране суда, *class action* има пресудан утицај којим се омогућава да накада штете у троструком износу одигра своју улогу у „заштити потрошача од претераних цена које су резултат фиксираних цена“. (Врховни суд Сједињених Држава у *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U. S. 330, 343 (1979)). Основни задатак *class action* механизма је да превазиђе проблем ниских надокнада за појединца које му не би допустиле да подигне индивидуалну тужбу за заштиту својих права (*Amchem Prods., v. Windsor*, 521 U. S. 591, 617 (1997)). Ово нарочито треба имати у виду јер су антимонополски спорови по правилу тешки и неизвесни, те би диспропорција између досуђене накнаде штете за појединца и адвокатских трошкова била толико несразмерна да потрошач као индивидуални тужилац не би никада нашао адвоката да га заступа, иако је у антимонополским споровима дозвољено уговорити са адвокатом *contingent fee* (процент од добијене накнаде). Наиме, по тумачењу америчких судова, узимајући у обзир ризик антимонополских спорова, адвокати су вољни да заступају на процент само уколико могу да рачунају да ће своје трошкове наплатити у потпуности (*Kristian v. Comcast Corp.*, 446 F. 3d 25, 59 no. 21 (1st cir. 2006)).

Како је Врховни суд нагласио, „*class action* има за циљ унапређење приватног извршења антимонополског права дозвољавајући грађанима да удружују своја ограничена средства да би постигли повољнији процесни положај“. (*Hawaii v. Standard Oil of Cal.*, 405 U. S. 251, 266 (1972)). Без овог средства, картели као и друга кршења антимонополског права која погађају велики део тржишта имали би мало разлога за страх да ће морати да компензују своје жртве. Нижи судови су такође са своје стране стално понављали да су антимонополски тужбе нарочито погодне за *class action*.

У једној недавној студији професора *Lande* и *Davis*-а који су анализирали 40 најуспешнијих приватних антимонополских спорова од 1990. год. велика већина односно 34 спорова су биле *class action* тужбе. Robert H. Lande, Joshua P. Davis, „Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases“, 42 U. S. F. L. Rev. 879, стр. 892 и 902. Даљи резултати до којих је дошло наведено истраживање су били да су у анализираних 40 случајева (који су само највећи од свих добијених случајева по приватним парницама) потрошачи или привредни субјекти добили обештећење између 18–20 милијарди долара док је у истом временском периоду

обухватала локалне преплатнике на телефон и/или Интернет су тужили групу оператера локалних линија због наводне завере у циљу ограничења трговине тако што су повећали цену својих услуга путем „паралелног понашања“, које је са своје стране представљало плод тајног, илегалног споразума. Акција је претила да буде масовна на нивоу Сједињених Држава јер је обухватала најмања 90% свих преплатника локалних телефона или брзог Интернета а тужене су биле највеће америчке телекомуникационе фирме као учеснице у наводној завери која је трајала седам година. У својој одлуци да тужба треба да буде одбачена Врховни суд Сједињених Држава је истакао да успостављање елемената случаја морају пратити одређени чињенични наводи. Да би се успоставио случај према члану 1 Шермановог закона тужба мора да садржи довољно чињеничних навода (узетих да су тачни) који би сугерисали да постоји споразум. Наводи о паралелном понашању и гола изјава да постоји завера нису довољни.⁶³ Тужилац стога мора навести чињенице које „уверљиво“ сугеришу постојање завере. Тај стандард „уверљивости“ који није само „вероватноћа“ захтева „довољно чињеница које би довеле до разумног очекивања да ће *discovery* открити доказе о постојању недозвољеног споразума.“⁶⁴ Суд је затим појаснио да је потреба за додатним чињеницама нарочито неопходна када су у питању антимонополски спорови зато што антимонополски *discovery* а нарочито антимонополски *class action discovery* може бити потенцијално масован и веома скуп. Због опасности да ће трошкови *discovery*-а натерати туженог да се поравна и у „анемичним“ случајевима захтев да се морају навести чињенице је неопходан да би се очистили, у стадијуму испитивања тужбе, они случајеви који нису „разумно основани на нади да ће ипак *discovery*-а открити релевантне доказе који би подржали захтев из члана 1.“⁶⁵

Иако се *Twombly* стандарду признаје изванредан позитиван утицај јер пружа заштиту од неоснованих тужби критичари нарочито истичу

(1990. до 2007. год.) на основу новчаних казни изречених у кривичним поступцима покренутим од стране антимонополског одељења Министарства правде (DOJ) наплаћено укупно 4,2 милијарде долара, што значи да су приватна лица добила више него четири пута веће обештећење него држава (*ibid*, стр. 895). Исто истраживање је такође показало да је скоро половина обештећења потицала из 15 случајева који нису пратиле акције федералних или органа појединих државачланица (*ibid*, стр. 898), те да се нешто мање од половине случајева (17) уопште није односило на најтеже повреде антимонополског права као што је фиксирање цена или намештање понуда на јавним лицитацијама (*bid rigging*) и да су у већини од ових случајева (14) тужиоци оспоравали понашања која потпадају под чисти *rule of reason* стандард доказивања (*ibid*, стр. 902).

63 *Bell Atlantic v. Twombly*, 127 S. Ct. 1955, 1964 (2007).

64 *Twombly*, 1965.

65 *Twombly*, 1967.

негативан ефект који лишава странку њених легитимних права. Наиме, приватна странка као тужилац, за разлику од државе која поседује ефикасна средства истраге, по правилу не поседује довољно доказа за постојањем споразума пре поступка *discovery*. Пошто се до доказа углавном долази кроз *discovery*, приватни тужилац је практично спречен да подигне тужбу и заштити своја права.⁶⁶

V Закључна разматрања

Иако су државне агенције за извршење антимонополског права у Сједињеним Државама овлашћене да у управном поступку утврђују кршења антимонополског права, изричу одређене мере као и да доносе опште и појединачне акте којима се ближе регулише ова материја, амерички систем спровођења антимонополских закона се базира на судском извршењу у грађанском или кривичном поступку јер је за коначну одлуку о томе да ли постоји нека повреда увек у крајњој инстанци надлежан суд. За кривично-правно извршење искључиво је надлежно Министарство правде (DOJ) које покреће кривични поступак пред судом док у грађанско-правном парницама учествују како државне агенције тако и приватне странке. Рестриктивни споразуми, зависно од њихове природе, могу бити предмет кривичног гоњења као и грађанске парнице. Но без обзира да ли се питања постојања рестриктивног споразума поставља у кривичном или грађанско-правном поступку те да ли се у својству тужиоца у парници појављује држава или приватно лице амерички судови су током година изградили одређене правне стандарде у погледу количине и квалитета доказа које тужилац треба да презентује а који би подржали наводе о постојању ограничавајућег, противзаконитог споразума. Правни стандарди, које је на првом месту моделирао Врховни суд Сједињених Држава, изграђивани су током година и били су подлежни променама, обликовали се и еволуирали у складу са економским развојем земље.

Како (оп)тужени по правилу готово увек негирају постојање споразума без обзира о ком се рестриктивном споразуму ради (било да ли је у питању картелски, по правилу тајни споразум као и други хоризонтални споразуми који нису картели, било вертикални споразуми), тужилац мора презентовати суду довољно уверљивих доказа о постојању споразума да би могао да успостави случај и избегне одбацавање тужбе у почетној фази поступка. Амерички судови признају да је само у ретким случајевима тужиоцу на располагању директан доказ о постојању

66 Scott Dodson, „Pleading Standard after *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*“, 93 *Va. L. Rev.* In Brief, 135, 138 (2007).

споразума и то по правилу када је тужилац држава која има средства и начин да до таквих доказа дође, те да ће у многим случајевима доказивање морати да се изврши путем индиректних доказа. Питање квалитета, количине и доказне снаге индиректних доказа није затворено и предмет је сталног разматрања од стране америчких судова.

Mirjana CUKAVAC, PhD

Secretary, Foreign Trade Court of Arbitration of Serbian Chamber of Commerce

PROVING ILLEGAL AGREEMENT UNDER US ANTITRUST LAW

Summary

American antitrust law draws a basic distinction between concerted and independent action. Thus, contract, combination or conspiracy that unreasonably restrains trade may be an illegal concerted action while the conduct of a single firm is unlawful only when it threatens actual monopolization.

Because proving concerted action is essential to establishing antitrust liability, vague allegations of concerted action are vulnerable to dismissal. Illegal contract can be shown either by direct or circumstantial evidence. American courts recognize that only rarely will there be direct evidence of an express agreement and circumstantial evidence is therefore not only admissible but often dispositive. Inferring agreement among competitors is frequently based on a pattern of uniform business conduct so called "conscious parallelism" while existence of an vertical agreement could be inferred from various circumstances depending on facts of every particular case.

Key words: *concerted action, direct evidence, circumstantial evidence, conscious parallelism.*