

Др Душан В. ПОПОВИЋ

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

РАЗМЕНА ИНФОРМАЦИЈА ИЗМЕЂУ КОНКУРЕНАТА: ДОЗВОЉЕНО ПОНАШАЊЕ ИЛИ НАРУШАВАЊЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ?*

Резиме

Размена информација између конкурената може се јавити у три основна облика. Најпре, размена информација може бити део свеобухватног споразума о утврђивању цена или о подели тржишта, при чему се она јавља као елемент којим се такво утврђивање цена или подела тржишта успоставља и олакшава. Потом, размена информација између конкурената може се јавити као елемент неких споразума о сарадњи, као што су нпр. споразуми о истраживању и развоју или споразуми о стандардизацији. Најзад, размена информација може се јавити као самостална активност, те представљати једини облик сарадње између конкурената на тржишту. Упоредно право конкуренције углавном не познаје посебна правила о споразумима о размени информација између конкурената. Њихова допуштеност се, стога, цени на основу општих правила о рестриктивним споразумима, односно усаглашеној пракси учесника на тржишту. То је случај и у праву Србије.

*У раду се најпре анализирају разлози за испитивање споразума о размени информација, а затим се дају одређене смернице у погледу самог поступка испитивања таквих споразума. Сугерише се да би анализу одређеног споразума о размени информација између конкурената најбоље било спроводити у три фазе. Најпре, требало би испитати структуру тржишта. Том приликом би се *prima facie* утврдило да ли конкретан споразум о размени информација уопште може имати штетна дејства по конкуренцију на тржишту одређене структуре. Након тога требало би подробно испитати тип информација које се размењују. Најзад, требало би испитати да ли услови под којима се информације размењују (нпр. број учесника у размени) јачају или слабе могућност појаве штетних дејстава по конкуренцију.*

Кључне речи: право конкуренције, рестриктивни споразум, картел, усаглашена пракса, релевантно тржиште.

І Увод

Разменом информација између конкурената доприноси се транспарентности на тржишту, што може повећати економску ефикасност, али и негативно деловати на конкуренцију. У свом пословању, учесници на тржишту размењују бројне информације путем различитих канала, што може водити увећању алокативне и производне ефикасности,¹ али уједно и олакшати дослух између конкурената. Сâми учесници на тржишту, по правилу, виде размену информација као легитимну активност. Жеља за прибављањем информација од конкурената могла би се довести у везу са концептом савршене конкуренције који, подсетимо, подразумева савршену информисаност свих учесника на тржишту, како на страни понуде, тако на страни тражње, што омогућава пуну рационалност у доношењу свих одлука.² Ипак, било би сасвим погрешно закључити да је размена информација између конкурената увек пожељна из угла заштите конкуренције и из угла самих прописа. Заправо, размена информација, као вид интеракције између конкурената на релевантном тржишту, налази се негде између „чистих” картела (енгл. *hardcore cartel*), који су забрањени у праву конкуренције,³ и прећутног дослуха (енгл. *tacit collusion*), који настаје као последица олигополистичке структуре тржишта и који, по правилу, сам по себи не представља повреду конкуренције.

* Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије”. Аутор се захваљује проф. др Борису Беговићу на корисним коментарима и сугестијама.

1 Алокативна ефикасност је стање тржишта код кога је алокација ресурса ефикасна. Основни предуслов алокативне ефикасности јесте да цена буде једнака граничним трошковима. Производна ефикасност постоји када посматрани учесник на тржишту не може произвести свој производ уз ниже просечне трошкове, тј. уколико су трошкови по јединици производа минимизовани. Алокативна и производна неефикасност јављају се, између осталог, и као последице монопола. За подробнију анализу вид. Борис Беговић, Мирољуб Лабус, Александра Јовановић, *Економија за правнике*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 244–247.

2 Поред савршене информисаности свих учесника на тржишту, основне претпоставке тржишта савршене конкуренције су: (а) хомоген производ; (б) цена као параметарска величина; (в) слободан улазак и излазак из гране; и (г) савршена дељивост производње. Вид. Борис Беговић, Владимир Павић, *Увод у право конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 16–17.

3 У праву конкуренције Србије и Европске уније картели нису забрањени *per se*, али по правилу не испуњавају услове за изузеће од забране рестриктивних споразума.

Размена информација између конкурената може се јавити у три основна облика. Најпре, размена информација може бити део свеобухватног споразума о утврђивању цена или о подели тржишта, при чему се она јавља као елемент којим се такво утврђивање цена или подела тржишта успоставља и олакшава. Потом, размена информација између конкурената може се јавити као елемент неких споразума о сарадњи, као што су нпр. споразуми о истраживању и развоју или споразуми о стандардизацији. Најзад, размена информација може се јавити као самостална активност, те представљати једини облик сарадње између конкурената на тржишту. У прва два случаја, оцена ефеката размене информација по конкуренцију на тржишту цени се приликом оцене допуштености споразума чији је она један од елемената. У случају размене информација до које не долази у оквиру свеобухватног споразума конкурената кључно је утврдити да ли таква активност представља пожељни облик сарадње између учесника на тржишту или, пак, наликује картелу.⁴

Упоредно право конкуренције углавном не познаје посебна правила о споразумима о размени информација између конкурената. Њихова допуштеност се, стога, цени на основу општих правила о рестриктивним споразумима, односно усаглашеној пракси учесника на тржишту. То је случај и у праву Европске уније и праву Србије. Пракса Европске комисије и Суда правде ЕУ у односу на споразуме о размени информација први пут је систематски изложена тек 2008. године у Смерницама о примени чл. 81 УЕЗ на услуге поморског превоза.⁵ Након тога, године 2010. усвојен је и интерпретативни акт општег типа – Смернице о примени чл. 101 УФЕУ на хоризонталне споразуме о сарадњи, чије је једно поглавље посвећено споразумима о размени информација.⁶ У праву конкуренције Републике Србије није усвојен сличан интерпретативни акт.

II Разлози за испитивање споразума о размени информација

4 Вид. OECD Policy Roundtable, „Information Exchanges Between Competitors under Competition Law”, 2010, 9. Студија је доступна на адреси: <http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>, 2.3.2016.

5 Службени лист ЕЗ, бр. С–245, 26. септембар 2008. год.

6 Службени лист ЕУ, бр. С–11, 14. јануар 2011. год.

У пракси тела за заштиту конкуренције и у интерпретативним актима у којима је та пракса представљена истакнута су три разлога због којих је потребно испитати дејство споразума о размени информација на конкуренцију на релевантном тржишту.⁷ Први разлог тиче се могућег смањења неизвесности у пословању услед сазнавања одређених информација. Други разлог у вези је са концептом прећутног дослуха. Трећи разлог односи се на могућност искључивања одређених конкурената са тржишта.

У одлукама тела за заштиту конкуренције често се као један од разлога за испитивање споразума о размени информација наводи претпоставка да се таквом разменом смањује неизвесност при доношењу пословних одлука. Наиме, посматрано из угла „пасивног” учесника на тржишту, нерасполагање свим информацијама ствара неизвесност у погледу места, снаге и природе „напада” конкурената, што овог учесника на тржишту подстиче да, антиципирајући активности конкурената, делује ефикасније и одлучније. Као што је Европска комисија закључила у одлуци донетој у предмету *UK Agricultural Registration Exchange*, неизвесност наводи учеснике на тржишту да се такмиче много интензивније него што би то чинили када би тачно знали који обим активности је довољан да се одговори на активности конкурената.⁸ Гледано из угла проактивног учесника на тржишту, непознавање свих информација рађа код овог учесника потребу да изненада предузме одређену тржишну активност која би затекла конкуренте и онемогућила их да на одговарајући начин реагују у кратком року. Како је Првостепени суд (данас, Општи суд ЕУ) закључио у предмету *John Deere Ltd v. Commission*, имајући у виду карактеристике посматраног тржишта транспарентност може довести до нестанка „скривене конкуренције” и елиминисања било какве неизвесности у погледу будућег понашања конкурената.⁹ Иако овакви закључци могу деловати разумно, у економској науци не налазе се увек докази за ове тврдње. Економисти, наиме, сматрају да неизвесност на тржишту може негативно деловати на спремност учесника на тржишту да инвестирају.¹⁰

7 За подробнију економску анализу споразума о размени информација вид. Florian Wagner von Papp, „Information Exchange Agreements”, *Handbook on EU Competition Law: Substantive Aspects* (eds. Ioannis Lianos, Damien Geradin), Edward Elgar, Cheltenham, 2013, поглавље III.

8 Европска комисија, предмет бр. IV-31.370 и 31.446, *UK Agricultural Registration Exchange*, 17. фебруар 1992. год., § 43.

9 Првостепени суд, предмет бр. T-35/92, *John Deere Ltd v. Commission*, 27. октобар 1994. год., § 48.

10 Наиме, уколико је неизвесност већа, при непромењеним осталим елементима, мања је очекивана вредност приноса, па је мањи подстицај за инвестирање. Међутим, овде се ради о кон-

Много важнији разлог за испитивање споразума о размени информација у вези је са концептом прећутног дослуха. Наиме, на олигополистичким тржиштима споразуми о размени информација могу имати последице сличне онима које произилазе из картела. Тако, учесници на олигополистичком тржишту могу, без непосредне координације, прећутно ускладити своје тржишно понашање и ограничити конкуренцију, под условом да могу надгледати одлуке конкурената и казнити свако изигравање. Јачајући транспарентност тржишта и увећавајући могућност надзора над одлукама/понашањем конкурената, споразуми о размени информација могу водити паралелизму у понашању на олигополистичким тржиштима. Тако је у предмету *Thyssen Stahl* Првостепени суд закључио да споразум о размени информација значајно утиче на понашање конкурената на тржишту, пошто свако од учесника зна да конкурент надгледа његово понашање и може на њега реаговати на основу много прецизнијих и новијих података од оних који су доступни на други начин.¹¹

Економисти Кун (*Kai-Uwe Kühn*) и Вивес (*Xavier Vives*), који су за потребе Европске комисије израдили студију о утицају размене информација између конкурената на стање конкуренције на релевантном тржишту,¹² сматрају да се приликом извођења било каквих закључака о последицама размене информација мора узети у обзир предмет конкретне информације, као и обим и учесталост размене. Неке врсте информација могу лакше довести до усаглашавања између конкурената од других. На пример, размена информација о тражњи, које воде порекло из студија о испитивању тржишта, има мањи потенцијал за слабљење конкуренције од размене информација о ранијим ценама и количинама. То се објашњава чињеницом да упознавање са ранијом стратегијом конкурента доприноси лакшем откривању одступања од усаглашеног понашања. Такође, важни су обим и учесталост размене информација. Наиме, свакодневна размена информација, за разлику од годишње, олакшава откривање одступања од усаглашеног понашања. Поврх тога, свако даље класификовање информација приликом размене (нпр. према сегментима тржишта) олакшава конкуренту да утврди одступање од усаглашеног понашања.

курентском притиску. У економској науци могу се наћи аргументи у прилог овој пресуди, пре свега у смислу увећања производне ефикасности а на дуги рок и динамичке ефикасности која може подразумевати и инвестирање као део стицања предности у односу на конкурента.

11 Првостепени суд, предмет бр. Т-141/94, *Thyssen Stahl*, 11. март 1999. год., § 403.

12 Kai-Uwe Kühn, Xavier Vives, „Information exchanges among firms and their impact on competition”, 1995. Студија је доступна на адреси: <http://bookshop.europa.eu/en/information-exchanges-among-firms-and-their-impact-on-competition-pbCV8995026/>, 5.3.2016.

Најзад, размена података који се односе на понашање појединог учесника на тржишту представља много већи ризик по слободну конкуренцију од размене агрегатних података о читавој грани.¹³

У Смерницама о примени чл. 101 УФЕУ на хоризонталне споразуме о сарадњи такође се истиче важност предмета информације која се размењује. Наиме, и саме Смернице се баве само „стратешким” информацијама, као што су информације о ценама, листи купаца, трошковима производње, количинама, оствареном промету... Поврх тога, наглашава се да су информације о цени и количинама стратешки најважније, док нешто мању важност имају информације о трошковима и тражњи.¹⁴ Међутим, уколико се учесници на тржишту такмиче на пољу истраживања и развоја, управо ће технички подаци имати најважнију стратешку вредност.

Најзад, у Смерницама ЕУ о хоризонталним споразумима о сарадњи наводи се још један разлог због ког размена информација између конкурентата треба да привуче пажњу тела за заштиту конкуренције. Реч је о могућности својеврсног искључивања конкурентата са тржишта. Наиме, уколико би информације биле размењиване само између одређених конкурентата („ексклузивног клуба”) и уколико би размењиване информације биле изразито стратешког карактера и односиле се на значајан део тржишта, конкуренти који им не би имали приступа били би заправо искључени са тржишта.¹⁵ Такође, до искључивања конкурентата може доћи и на повезаним тржиштима. На пример, вертикално интегрисани учесници на тржишту могли би, захваљујући размени информација на узводном тржишту, повећати цену кључног инпута на низводном тржишту. На тај начин повећали би трошкове својим конкурентима на низводном тржишту, што би могло довести до затварања низводног тржишта.¹⁶

III Поступак испитивања споразума о размени информација између конкурентата

Анализу одређеног споразума о размени информација између конкурентата најбоље би било спроводити у три фазе. Најпре, требало би испи-

13 *Ibid.*, 3–4.

14 Смернице ЕУ о хоризонталним споразумима о сарадњи, § 86.

15 *Ibid.*, § 70.

16 *Ibid.*, § 71. Нема, наравно, гаранција да би се то увек догодило. Треба имати у виду чињеницу да смернице Европске комисије настају у циљу приказивања дотадашње праксе у одлучивању, те да из појединих описаних ситуација не треба (увек) извучити опште закључке.

тати структуру тржишта. Том приликом би се *prima facie* утврдило да ли конкретан споразум о размени информација уопште може имати штетна дејства по конкуренцију на тржишту одређене структуре. Након раздвајања потенцијално „проблематичних” од „непроблематичних” споразума о размени информација требало би подробно испитати карактер информација које се размењују. Најзад, требало би испитати да ли услови под којима се информације размењују (нпр. број учесника у размени) јачају или слабе могућност појаве штетних дејстава по конкуренцију. Напомињемо да се овакав начин испитивања споразума о размени информација не сугерише у Смерницама ЕУ о хоризонталним споразумима о сарадњи.¹⁷ Напротив, у Смерницама се не предлаже никаква методологија испитивања ове врсте споразума, већ се само, рекли бисмо на прилично несистематичан начин, указује на одређене елементе који могу допринети извођењу закључка о штетности споразума о размени информација или пак на оне који могу указивати на преовлађивање користи од такве размене. Свакако, можемо се сложити са општом смерницом Европске комисије да је приликом испитивања ове врсте споразума потребно узети у обзир „(...) *правни и економски контекст размене информација*”.¹⁸

1. Структура тржишта

Приликом анализе одређеног споразума о размени информација најпре би требало испитати структуру релевантног тржишта. Наиме, ризик појаве последица које су штетне по конкуренцију, а које произилазе из споразума о размени информација, по правилу се повећава са увећањем степена концентрисаности тржишта. Са смањењем броја конкурената јача могућност нарушавања конкуренције.¹⁹ Познато је да олигополистичка тржишта карактерише знатан степен транспарентности: учесници на тржишту се међусобно познају и могу надгледати понашање конкурената без већих препрека. У Смерницама ЕУ о хоризонталним споразумима о сарадњи указује се на „опасност” од размене информација на олигополистичким тржиштима: „*Размена информација на изразито олигопо-*

17 Међутим, приступ сличан овоме који предлажемо имају нека национална тела за заштиту конкуренције. Вид. нпр. прилог француског тела за заштиту конкуренције студији OECD о размени информација између конкурената: http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/ocde_cp_10_2010.pdf, 24.3.2016.

18 *Ibid.*, § 72.

19 Не треба, међутим, увек сматрати да мали број конкурената на тржишту нужно води ограничавању конкуренције. Као што је познато, има олигополистичких тржишта која се карактеришу значајном тржишном утакмицом (нпр. тржиште мобилне телефоније).

*листичким тржиштима пре може довести до појаве дејстава штетних по конкуренцију него размена информација на тржиштима са већим бројем учесника. По правилу, размена информација неће имати штетна дејства по конкуренцију на веома фрагментисаним тржиштима.*²⁰

Иако би се из претходно цитиране одредбе Смерница ЕУ могло закључити да се тела за заштиту конкуренције интересују само за споразуме о размени информација који се закључују између конкурената на олигополистичким тржиштима, пракса показује да се често испитују споразуми на тржиштима на којима у тржишној утакмици учествује и више од пет или десет лица.²¹ Заправо, сматра се да споразуми о размени информација неће имати штетна дејства на конкуренцију само уколико се информације размењују између конкурената на фрагментисаном тржишту. То је изричито навео и Суд правде ЕУ у предмету *John Deere Ltd v. Commission*. Једино опште правило које у вези са структуром тржишта произилази из праксе тела за заштиту конкуренције јесте да споразуми о размени информација неће бити даље испитивани уколико је понуда на тржишту атомизирана.²² У свим осталим, прилично бројним, случајевима начелно ће се сматрати да такви споразуми могу имати штетна дејства по конкуренцију на релевантном тржишту.

Овакав приступ Европске комисије, који редовно утиче и на поступања националних тела за заштиту конкуренције, по нашем мишљењу не доприноси правној сигурности. Најпре, у интересу правне сигурности могао би се утврдити одређени „праг” у односу на тржишни удео учесника у споразуму, који би морао бити пређен како би тело за заштиту конкуренције испитивало конкретни споразум о размени информација. Такав приступ Европска комисија већ је заузела у односу на многе друге врсте хоризонталних споразума. Тако су за споразуме о специјализацији, као и за споразуме о истраживању и развоју уредбама о групном изузећу од забране рестриктивних споразума прописани „прагови” од 20% односно 25% тржишног удела.²³ С друге стране, уместо „прага” израженог у

20 Смернице ЕУ о хоризонталним споразумима о сарадњи, § 79.

21 Вид. нпр. Европска комисија, предмет бр. IV/36.069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, 26. новембар 1997. год.

22 Суд правде ЕУ, предмет бр. C-7/95, *John Deere Ltd v. Commission*, 28. мај 1998. год., § 67, 88.

23 Споразум о специјализацији је врста хоризонталног споразума којим се уређују услови под којима се учесници на тржишту специјализују у производњи. Јављају се у три основна облика. Споразум о једностраној специјализацији је споразум којим се један учесник у споразуму обавезује да обустави производњу релевантних производа или да се уздржава од производње тих производа и да те производе купује од другог учесника у споразуму, а други учесник у споразуму се обавезује да те

односу на тржишни удео могли би се утврдити одређени квалитативни критеријуми које би одређени споразум морао задовољити. Такав својеврсни тест већ је утврђен у односу на хоризонталне споразуме о стандардизацији. Наиме, Смерницама ЕУ о хоризонтални споразумима о сарадњи успостављена је претпоставка одсуства штетних дејстава по конкуренцију у односу на споразуме о стандардизацији: (1) код којих свих учесници на тржишту могу учествовати у поступку утврђивања стандарда; (2) код којих је рад на успостављању и развијању стандарда транспарентан; (3) којима се учесницима на тржишту не забрањује да развијају друге стандарде, као и да их примењују на сопствене производе; (4) код којих је приступ спецификацијама стандарда могућ под једнаким, правичним и недискриминаторним условима.²⁴

Сматрамо да би сличне квалитативне критеријуме било могуће утврдити и за споразуме о размени информација, што би допринело правној сигурности учесника на тржишту. Критеријуми би могли бити утврђени по узору на оне који се примењују у области контроле концентрација. Наиме, у предмету *Airtours* Европска комисија закључила је да ризик од прећутног дослуха постоји уколико су задовољена следећа четири критеријума: (1) корист од одступања од понашања конкурената је мала, а штета од кажњавања због таквог одступања може бити велика (по-

производе производи и продаје. Споразум о узајамној специјализацији је споразум којим се два или више учесника у споразуму обавезују да престану да производе или да се уздрже од производње одређених али различитих производа и да их купују од других учесника у споразуму који се обавезују да их продају. Споразум о заједничкој производњи јесте споразум којим се два или више учесника у споразуму обавезују да заједнички производе одређене производе. За право ЕУ вид. Уредбу бр. 1218/2010 о групном изузећу од забране споразума о специјализацији, *Службени лист ЕЗ*, бр. L 335, 18. децембар 2010. год.; за право Србије вид. Уредбу о споразумима о специјализацији између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране, *Службени гласник РС*, бр. 11/2010. Споразум о истраживању и развоју је врста хоризонталног споразума који се јавља у три основна облика. Најпре, споразум за предмет може имати заједничко истраживање и/или развој производа или производног процеса и заједничко коришћење резултата истраживања и развоја. Потом, споразум за предмет може имати заједничко коришћење резултата истраживања и/или развоја производа или производног процеса у складу са претходним споразумом између истих учесника на тржишту. Најзад, споразум за предмет може имати заједничко истраживање и развој производа или производног процеса без обавезе заједничког коришћења резултата истраживања и развоја. За право ЕУ вид. Уредбу бр. 1217/2010 о групном изузећу од забране споразума о истраживању и развоју, *Службени лист ЕЗ*, бр. L 335, 18. децембар 2010. год.; за право Србије вид. Уредбу о споразумима о истраживању и развоју између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране, *Службени гласник РС*, бр. 11/2010.

24 Смернице ЕУ о хоризонталним споразумима о сарадњи, § 280–286.

знат као услов Ц1); (2) одступање од понашања конкурената може бити лако откривено (услов Ц2); (3) учесник на тржишту може бити једноставно и брзо кажњен (услов Ц3); и (4) кажњавање не ствара значајне трошкове онима који га предузимају (услов Ц4).²⁵ Исти индикатори постојања прећутног дослуха могли би се користити и у контексту хоризонталних споразума о размени информација, чиме би се на уједначен начин приступило проблему прећутног дослуха у праву конкуренције.²⁶

За разлику од (систематичног) приступа који сугеришемо, попут оног који је већ примењен у области контроле концентрација, у Смерницама ЕУ о хоризонталним споразумима о сарадњи набрајају се, без неког видљивог реда, одређене околности које могу указивати на дослук међу конкурентима. Тако се наводи да до дослуха лакше долази на транспарентним тржиштима,²⁷ у тржишном окружењу које није сложено,²⁸ на тржиштима на којима су услови понуде и тражње релативно стабилни,²⁹ као и тамо где су тржишне структуре симетричне.³⁰

2. Тип информација које се размењују

Након што се испита структура тржишта и на тај начин издвоје они споразуми о размени информација који би *prima facie* могли имати штетне последице по конкуренцију, анализу је потребно усмерити на саме информације које се размењују. По правилу, на олигополистичким тржиштима, размена информација које кумулативно задовољавају следеће критеријуме може довести до повреде конкуренције: (а) информација није јавно доступна; (б) информација је стратешког карактера; (в) информација је индивидуализована; и (г) информација је скорашња. Ове карактеристике информација издвојене су и у Смерницама ЕУ о хоризонталним споразумима о сарадњи.³¹

25 Европска комисија, предмет бр. IV/M.1524, *Airtours/First Choice*, 22. септембар 1999. год., § 148–159.

26 За критику индикатора постојања прећутног дослуха вид. Nicolas Petit, „The Oligopoly Problem in EU Competition Law”, *Handbook on European Competition Law: Substantive Aspects* (eds. Ioannis Lianos, Damien Geradin), Edward Elgar, Cheltenham, 2013, 277 *et seq.*

27 Смернице ЕУ о хоризонталним споразумима о сарадњи, § 78.

28 *Ibid.*, § 80. Као пример за тржишно окружење које није сложено наводи се тржиште са једним, хомогеним производом.

29 *Ibid.*, § 81.

30 *Ibid.*, § 82. На пример, симетрична тржишна структура постоји када су приближни трошкови, резидуална тражња и тржишни удели учесника на тржишту.

31 *Ibid.*, § 86–94.

а) Информације које нису јавно доступне

Само размена информација којима је приступ ограничен може допринети нарушавању конкуренције. Размена јавно доступних информација не представља нарушавање забране рестриктивних споразума. Појмом јавно доступних података обухваћени су подаци које објављује надлежно министарство, регулаторно тело, агенција за испитивање тржишта, специјализовани часопис и сл. Приступ јавно доступним информацијама не сме бити тежи оним учесницима на тржишту који не учествују у посматраном споразуму него што је онима који су закључили споразум о размени информација. Према томе, трошкови приступа информацијама морају бити једнаки за учеснике у споразуму и за конкуренте који нису обухваћени таквим споразумом о размени информација. Јавне информације чији трошак прибављања је исти за учеснике у споразуму и конкуренте који нису обухваћени споразумом у Смерницама ЕУ називају се „заиста јавно доступним информацијама” (енгл. *genuinely public information*).

б) Стратешке информације

Само споразумима о размени стратешких информација може се нарушити конкуренција. Стратешке информације су оне информације чијом разменом се смањује неизвесност у погледу тржишне стратегије конкурента. Стратешке информације могу се односити на цене (текуће цене, попусти, рабати и др.), листе купаца, трошкове производње, обим производње, промет, обим продаје, квалитет, капацитете, маркетиншке планове, ризике, инвестиције, технологију, истраживање и развој. У Смерницама ЕУ се као информације које имају највећи стратешки значај издвајају оне о ценама и обиму производње, док нешто мањи стратешки значај имају информације о трошковима и тражњи. Међутим, уколико се учесник на тржишту са својим конкурентима такмичи пре свега на плану истраживања и развоја, највећи стратешки значај имаће информације техничког карактера. Најзад, треба имати у виду да се стратешки значај одређене информације мора процењивати у контексту старости информације, учесталости размене и ситуације на конкретном тржишту опште узев.

в) Индивидуализоване информације

По правилу, телима за заштиту конкуренцију размена агрегатних података између учесника на одређеном тржишту није спорна (нпр. размена података који се односе на привредну грану). Међутим, размена индивидуализованих података или оних података који се могу индивидуализовати, тј. приписати одређеном учеснику на тржишту може довести

до нарушавања конкуренције. С тим у вези, у пракси се примењује „правило +3”. Наиме, сматра се да се подаци не могу лако индивидуализовати уколико у размени учествује најмање троје учесника на тржишту. Када се агрегатни подаци односе на два учесника, сваки од њих на једноставан начин може сазнати податке о пословању оног другог, тако што ће од агрегатних података одузети вредности које се односе на сопствено пословање. Међутим, „правило +3” показује своје недостатке у случају када су на тржишту присутна три учесника на тржишту, од којих један има занемарљив тржишни удео. Због тога ово правило треба примењивати водећи рачуна о укупном стању на релевантном тржишту.

У Смерницама ЕУ изричито се не помиње „правило +3” већ се упозорава да размена информација на олигополистичким тржиштима са изразито малим бројем учесника (енгл. *tight oligopoly*) може олакшати дослух. Наиме, такви олигополи, уколико су стабилни, олакшавају учесницима да чак међу агрегатним подацима уоче одступања од одређене цене. За одржавање дослуха може бити довољно сазнање да је неко одступио од одређеног понашања; није нужно да се утврди ко је тачно одступио.³²

г) Скорашње информације

Што су информације које се размењују новије, то је већи ризик од нарушавања конкуренције. Само скорашње информације могу послужити као својеврсна референтна вредност, те бити подобне да умање неизвесност у погледу понашања других учесника на тржишту. Неактуелне информације не могу имати референтну вредност, пошто се трошкови, цене, обим инвестиција и други елементи пословања мењају током времена. У контексту дослуха, старост информација утиче на могућност откривања одступања од одређеног понашања (Ц2) и његовог ефикасног кажњавања (Ц3).

Основни проблем је, међутим, како правилно утврдити да ли је одређена информација актуелна, па би њено саопштавање могло бити штетно, или пак застарела, па њено саопштавање конкурентима не би водило нарушавању конкуренције. У погледу утврђивања актуелности размењене информације, у пракси Европске комисије најчешће се примењује „праг” од годину дана. Наиме, уколико су размењени подаци старији од годину дана, сматраће се да њихово саопштавање по правилу не дово-

32 *Ibid.*, § 89. Са овим закључком Европске комисије се не можемо сложити. Наиме, уколико не знају ко је тачно одступио од одређеног понашања, остали учесници неће знати кога да казне.

ди до нарушавања конкуренције.³³ Супротно томе, у Смерницама ЕУ наводи се да „(...) не постоји одређени временски период чији истек гарантује да ће се сматрати да се разменом података не може нарушити конкуренција”.³⁴ Овакав приступ сматрамо исправнијим, пошто актуелност података треба ценити и с обзиром на учесталост размене и карактеристике релевантног тржишта.

Најзад, размена информација које се односе на будуће поступање учесника на тржишту по правилу представља рестриктивни споразум у форми усаглашене праксе. Наиме, сматра се да размена информација о пословању у домену производње (нпр. степен искоришћености капацитета, обим производње), у вези са пласманом производа (нпр. цене, други услови купопродаје) или у вези са истраживањем и развојем (нпр. политика иновација) могу искључити сваку самосталност при доношењу пословних одлука. У Смерницама ЕУ о хоризонталним споразумима о сарадњи наводи се да размена информација о планираном понашању конкурената представља, по свом предмету, ограничење конкуренције, уколико се информације односе на планиране цене или количине производа. Такви споразуми су забрањени и, по правилу, не испуњавају услове за изузеће од забране. Ипак, у специфичним околностима споразуми о размени информација који се односе на планиране активности конкурената могу довести до економске ефикасности, нарочито уколико се конкуренци такмиче на плану истраживања и развоја.³⁵

3. Друге околности под којима се размена информација одвија

Након што се спроведе друга фаза поступка испитивања споразума о размени информација, у којој се утврђује тип размењених информација, могуће је извести закључак о штетности посматраног споразума по слободну конкуренцију. Ипак, пожељно је анализирати и околности којима се информације размењују, пошто неке карактеристике размене могу деловати као својеврсне отежавајуће, односно олакшавајуће околности, тј. могу додатно ограничити или ојачати конкуренцију. Управо такве услове под којима се информације размењују између конкурената, али и неке последице размене информација, требало би анализирати у трећој фази поступка испитивања споразума.

33 Вид. нпр. Европска комисија, *UK Agricultural Registration Exchange*, § 50.

34 Смернице ЕУ о хоризонталним споразумима о сарадњи, § 90.

35 *Ibid.*, § 73, 100.

Најпре, треба имати у виду да споразум о размени информација може нарушити конкуренцију само уколико учесници у споразуму имају значајан удео на релевантном тржишту. Што је већи тржишни удео учесника који размењују информације на олигополистичком тржишту, то је већа могућност елиминисања сваке неизвесности у погледу будућег поступања конкурената. Насупрот томе, размена информација између конкурената који немају значајан тржишни удео, по правилу, неће нарушити конкуренцију.³⁶ У Смерницама ЕУ не квантификује се критеријум „значајног удела на тржишту” већ се, напротив, наглашава да је то фактичко питање које треба ценити с обзиром на тип информација које се размењује, као и узимајући у обзир друге околности случаја. Ипак, посредно, могуће је ближе одредити појам значајног удела на тржишту. Наиме, требало би применити „прагове” прописане у вези са споразумима мањег значаја, као и „прагове” утврђене уредбама о групном изузећу од забране рестриктивних споразума.³⁷ На пример, уколико се размена информација одвија у оквиру споразума о истраживању и развоју, критеријум „значајног тржишног удела” требало би ценити с обзиром на прописани „праг” од 25% тржишног удела.³⁸ Дакле, уколико конкуренти који размењују информације имају тржишни удео мањи од 25%, сматраће се да таква размена незнатно утиче на одвијање конкуренције на релевантном тржишту.

36 *Ibid.*, § 87.

37 Подсетимо, споразуми мањег значаја су они споразуми између учесника на тржишту чији укупни тржишни удео на релевантном тржишту није већи од: (а) 10% тржишног удела, уколико учесници у споразуму послују на истом нивоу ланца производње и промета (хоризонтални споразуми); (б) 15% тржишног удела, уколико учесници у споразуму послују на различитом нивоу ланца производње и промета (вертикални споразуми); (в) 10% тржишног удела, уколико споразум има карактеристике и хоризонталних и вертикалних споразума или где је тешко одредити да ли је споразум хоризонталан или вертикалан; (г) 30% тржишног удела, уколико се ради о споразумима са сличним утицајем на тржиште закљученим између различитих учесника, ако појединачни тржишни удео сваког од њих не прелази 5% на сваком појединачном тржишту на коме се испољавају дејства споразума. Такви споразуми нису предмет преиспитивања пред надлежним телом за заштиту конкуренције управо због свог незнатног утицаја на одвијање конкуренције на релевантном тржишту. За право ЕУ вид. Саопштење о споразумима мањег значаја, *Службени лист ЕУ*, бр. С–291 (2014). За право Србије вид. Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013, чл. 14. За подробнију анализу вид. Душан В. Поповић, „Споразуми мањег значаја: о критеријумима за примену *de minimis* правила”, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (2015)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 319–338.

38 За право ЕУ вид. Уредбу бр. 1217/2010 о групном изузећу од забране споразума о истраживању и развоју, чл. 4. За право Србије вид. Уредбу о споразумима о истраживању и развоју између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране, чл. 7.

Затим, требало би испитати какав је институционални оквир у коме се одвија размена информација између конкурената. Могуће је, на пример, да конкуренти размењују агрегатне податке, што само по себи није штетно по конкуренцију, али да се размена одвија у оквиру више организованих састанака, што омогућава откривање пословне стратегије појединих конкурената. Према томе, понекад је захваљујући специфичном институционалном оквиру размене могуће индивидуализовати информације о пословању конкурената.

Најзад, потребно је утврдити да ли економска ефикасност, која произилази из споразума о размени информација, може довести до изумима посматраног споразума од забране. У Смерницама ЕУ о хоризонталним споразумима о сарадњи наводе се различите ефикасности које могу резултирати из споразума о размени информација. Тако, размена информација о трошковима може омогућити конкурентима да се пореде, размена информација о тражњи омогућава конкурентима да своју производњу усмере ка тржиштима на којима је тражња значајна...³⁹ Међутим, у пракси, и поред набројаних економских ефикасности, споразуми о размени информација често не испуњавају услове за изузеће од забране рестриктивних споразума. Један од разлога јесте незадовољавање услова сразмерности (пропорционалности). На пример, сматраће се да размена индивидуализованих информација није неопходна уколико се сличне економске ефикасности могу постићи разменом агрегатних података између конкурената. Такође, размена информација која се предузима издвојено, аутономно теже ће задовољити услове за изузеће од размене информација која представља само елемент ширег споразума о хоризонталној сарадњи између конкурената (нпр. део споразума о истраживању и развоју или споразума о стандардизацији).⁴⁰

IV Завршне напомене

Претходна анализа јасно указује да конкуренти приликом размене информација морају бити изузетно опрезни. Одређене активности, које на први поглед делују неспорно и уобичајено у пословном свету, могу под извесним околностима представљати повреду конкуренције. С тим у вези, најделикатније су оне активности које предузимају удружења учесника на тржишту приликом прикупљања и обраде различитих података и израде докумената за потребе чланова удружења и њихових клијената.

39 Смернице ЕУ о хоризонталним споразумима о сарадњи, § 95–99.

40 *Ibid.*, § 101–102.

Такође, понекад сами конкуренти ступају у непосредни контакт и размењују информације без икакве намере нарушавања конкуренције. На пример, до размене информација о пословању свакако мора доћи приликом вођења преговора о спајању два конкурента, или спровођењу неког другог облика концентрације. Уколико преговори буду неуспешни, конкуренти који нису спровели концентрацију располагаће свим релевантним подацима о пословању другог учесника на тржишту.

С обзиром на чињеницу да је размена информација између конкурентата често неизбежна, намеће се питање разликовања дозвољеног од недозвољеног понашања. Шта, дакле, конкуренти морају избегавати? Као што је наша анализа, заснована на ранијем поступању Европске комисије, показала, конкуренти не би требало да размењују информације које се односе на недавно или планирано понашање на тржишту, не би требало да размењују индивидуализоване податке или оне податке који се лако могу индивидуализовати, и требало би да избегавају размену информација о ценама, обиму продаје, обиму производње, трошковима и инвестицијама. Након размене информација требало би избегавати даље контакте између конкурентата, нпр. на састанцима на којима је тема пословна стратегија учесника на тржишту.

Осим што би требало да избегавају претходно описане активности, шта би конкуренти још могли да учине како би осигурали да разменом информација не наруше конкуренцију на релевантном тржишту? С тим у вези, може се дати неколико практичних савета. Најпре, требало би на сваки начин отежати индивидуализацију размењених информација, тако што би се доследно спровела анонимизација података. У случају да се подаци достављају компанији специјализованој за израде студија и/или испитивање тржишта, требало би закључити уговор о чувању пословне тајне. Такође, требало би избегавати размењивање потпуних информација. На пример, приликом размене информација о обиму или вредности продаје, било би корисно да сваки од конкурентата достави оквирне податке, са прагом одступања до 10%. Затим, размену информација би требало што више одложити, тако да подаци буду стари барем неколико месеци. Најзад, размени информација које нису јавно доступне треба приступити тек када се утврди да се жељени закључци не могу извести обрадом података који су већ у јавној сфери.

На крају, имајући у виду да смо до претходних закључака дошли анализом праксе Европске комисије и њених Смерница о хоризонталним споразумима о сарадњи, логично је запитати се о вредности тих закључака у контексту примене права конкуренције Републике Србије. Као што смо раније

напоменули, у праву конкуренције Србије није усвојен посебан интерпретативни акт којим су дате смернице за испитивање споразума о размени информација између конкурената. У поступцима у вези са таквим споразумима стога се примењују опште одредбе Закона о заштити конкуренције о рестриктивним споразумима, као и уредбе о групном изузећу од забране споразума о истраживању и развоју, односно споразума о специјализацији, када се размена информација јавља као елемент ових споразума. Међутим, у случају да посматрани споразум утиче или може утицати на трговину између Републике Србије и Уније, Комисија за заштиту конкуренције била би обавезна да уважи критеријуме из Смерница ЕУ о хоризонталним споразумима о сарадњи. До овог закључка долазимо тумачењем чл. 73 Споразума о стабилизацији и придруживању закљученог са Европском унијом, односно чл. 38 Прелазног споразума.⁴¹ Овим одредбама Споразума, Србија је обавезана да тумачи домаћа правила о рестриктивним споразумима, злоупотреби доминантног положаја и контроли државне помоћи у складу са критеријумима који проистичу из примене чл. 101, 102, 106 и 107 УФЕУ и интерпретативних инструмената⁴² које су усвојиле институције ЕУ, у оним предметима који могу утицати на трговину између Србије и ЕУ. Начелно, не видимо препреку да се критеријуми који проистичу из примене права конкуренције Европске уније користе као својеврсно помоћно средство у правном тумачењу чак и у предметима који не могу утицати на трговину између Србије и ЕУ, а где постоји правна празнина у домаћем праву конкуренције. Исти став заузео је Уставни суд Хрватске, тумачећи истоветни члан споразума о стабилизацији и придруживању закључен између Хрватске и Европске уније.⁴³

41 Вид. Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране, и Републике Србије, с друге стране, чл. 75; Закон о потврђивању Споразума, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/2008.

42 Смернице Европске комисије су класични интерпретативни инструмент у праву Европске уније.

43 Вид. Уставни суд Хрватске, предмет бр. У-III-1410/2007 од 13. фебруара 2008. год., *Народне новине*, бр. 25/2008.

Dušan V. POPOVIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

EXCHANGE OF INFORMATION AMONG COMPETITORS: LEGITIMATE BEHAVIOUR OR RESTRICTION OF COMPETITION?

Exchange of information among competitors usually takes one of the following three forms: first, the exchange may be a part of a wider price fixing or market sharing agreement whereby the exchange of information acts as a facilitating factor; second, the exchange of information may be part of a horizontal cooperation agreement, such as standardization or R&D agreements; third, the exchange of information may exist as an autonomous activity, whereby the exchange is the only cooperation among competitors. In comparative competition law there are, in principle, no specific rules on information exchange agreements. Therefore, the latter are assessed under general rules on anti-competitive agreements and/or concerted practices. The same is the truth for the Serbian competition law.

The author analyses different factors justifying the assessment of agreements on exchange of information by the competition authorities. The author also suggests the steps that should be undertaken in the course of such an assessment. It is argued that the competition authorities should first examine the market structure. This would allow for the identification of “problematic” agreements which are capable of restricting competition in the market of a certain structure. Following the examination of the market structure, the competition authorities should analyse the type of information which is being exchanged among competitors. Finally, the modalities under which the information exchange takes place should be analysed. Such modalities (for example, the number of competitors participating in the exchange of information) may act as extenuating or aggravating circumstances.

Key words: *competition law, anti-competitive agreements, cartel, concerted practice, relevant market.*