



Република Србија
ВЛАДА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ
САВЕТ ЗА БОРБУ ПРОТИВ КОРУПЦИЈЕ
72 Број: 011-07596/2009
17. новембар 2009. године
Београд

АНАЛИЗА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Савет за борбу против корупције Владе Републике Србије
АНАЛИЗА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Јула месеца ове године донет је нови Закон о заштити конкуренције (Службени гласник РС број 51/09), који се примењује од 1. новембра 2009. године. Тада је престао да важи закон са истоветним називом који је донет 2005. године. Савет за борбу против корупције био је у прилици да разматра неколико верзија текста измена закона, као и да се консултује са саветником потпредседника Владе, који је непосредно био ангажован на писању новог закона. О својим ставовима поводом измене Закона, Савет се изјаснио у допису Влади (октобра месеца 2007. године). Савету није пружена прилика да размотри и финалну верзију закона, пре његовог упућивања Скупштини, мада је мала вероватноћа да би у последњем тренутку нешто било измењено, с обзиром да је Влада игнорисала и претходно изнете ставове Савета (изузев неколико мање значајних примедби). Тако у овом тренутку Савету не преостаје ништа друго него да указивањем на слабе тачке Закона предложи Влади измене спорних одредби.

Пратећи предлог измена Закона, Савет је констатовао постојање две најкрупније слабости: (1) настојање да се знатно ослаби позиција Комисије за заштиту конкуренције и да се постојећа Комисија смени, због одлука које је донела супротно интересима тајкуна и (2) настојање да се ојача дискрециона моћ Владе, пошто је у свакој новој верзији текста она добијала законска овлашћења за проглашавање изузетака од општих правила о ненарушавању конкуренције. У једној фази су предлози ишли чак дотле да се и у самом Закону обезбеди повлашћен положај највећих увозника аутомобила.

Усвојени закон је делимично изашао у сусрет тим настојањима: (1) постојећа Комисија наставља са радом до избора нове, али је њена позиција доста ослабљена; (2) у изузетима од забране рестриктивних споразума не спомињу директно увозници аутомобила, али се Влади дају широка овлашћења у погледу доделе специјалних повластица, о чему се Комисија, као стручни орган, више и не пита. Уколико је Влада заиста у раљама приватних интереса, као што тврде многи посматрачи овдашњих прилика, она ће искористити новостечено законско право да додељује повлашћени положај заинтересованим тајкунима (личностима који имају привилегован статус код извршне власти), а то ће врло брзо изаћи на видело.

Поједина усвојена решења су побољшала Закон из 2005. године, а то се, пре свега, односи на процедуре које Комисија спроводи и мере које је она овлашћена да изриче (напуштено је крајње нереално решење по коме казнене мере за повреду конкуренције изриче судија за прекршаје). Судска заштита по новом Закону обезбеђује се поступком пред Управним судом, који ће тек бити формиран, а не, као до сад, управним спором пред Врховним судом Србије (ово решење се показало као врло лоше, о чему ће у извештају још бити речи).

Савет за борбу против корупције Владе Републике Србије
АНАЛИЗА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Међутим, и ти делови који представљају несумњиво побољшање, неће дати позитивне резултате у пракси, будући да су повреде конкуренције остале дефинисане на неадекватан и често контрадикторан начин. Тако ће многе недоречености и даље омогућавати нарушавање неких од основних правила слободне тржишне утакмице. Таквих примера је у прошлости било веома много, а о најдрастичнијим од њих Савет је достављао извештаје Влади (нпр. спајање «Ц-маркета» са «Новафином», договор о наметању цена акција «Ц-маркета», узурпација власништва «Луке Београд» итд).

Савет сматра да је Закон један од кључних елемената у борби против корупције. Непостојање ефикасне заштите потрошача и осталих учесника на тржишту отварају идеалне могућности монополистима да остварују енормне зараде, које представљају најобилнији извор средстава за поткупљивање државних и партијских функционера. Привилегије монополиста могу бити врло различите – од доношења системских закона који им иду на руку, преко коришћења посебних погодности у примени мера економске политике, па све до појединачних правних аката у корист тајкуна. На тај начин је корупција код нас постала ендемска појава против које се мора повести свеобухватна борба. У оквиру те борбе Закон о заштити конкуренције има посебно место, јер својим одредбама може да допринесе ограничавању економске моћи монополиста и стварању услова за праведнију расподелу резултата економске утакмице.

Ниједан закон сам по себи не може донети позитивне резултате уколико не постоји воља код судске и извршне власти за његову примену. Зато Савет препоручује Влади да без одлагања пружи пуну материјалну и стручну помоћ судској власти, пре свега у периоду формирања Управног суда, али и постојећој Комисији за заштиту конкуренције, како би се и на основу садашњих законских решења постигао макар мали помак у борби против монопола. Поред материјалне и стручне подршке, Комисији је потребна и јасна политичка подршка, будући да она покушава да стане на пут монополимa који су у власништву најбогатијих и најутицајнијих људи у земљи.

Успех у тој борби лако је препознатљив и бирачи ће знати да га цене, док је неуспех, услед недостатка политичке воље да се крене у борбу против монопола, само показатељ везе која постоји између партија на власти и најбогатијих људи. Пораз у борби против монопола је у исто време и пораз у борби против корупције, односно знак да водеће партије и њихова руководства нису спремни да се одрекну својих материјалних интереса ради добробити целог друштва.

Савет ће се у извештају концентрисати само на најважније недостатке Закона и сугерисаће потребне измене. То ће се односити, пре свега, на сврху Закона, дефиницију релевантног тржишта, дефиницију доминантног положаја и тржишне моћи, на мере концентрације, као и на дефиницију основних повреда правила конкуренције.

Савет за борбу против корупције Владе Републике Србије

АНАЛИЗА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

1. Сврха закона

Најбољи рецепт за добијање лошег закона јесте нејасна сврха његовог доношења. То једноставно правило се потврђује и у случају Закона о заштити конкуренције, пошто законодавцу, очигледно, није био јасан циљ постојања овог закона. Овај закључак се може наслутити и на основу самог наслова. Конкуренција је, наиме, процес који је резултанта многих супротстављених сила. Да ли ће конкуренције у некој привреди бити или неће, зависи од бројних фактора од којих су само неки подложни утицајима државних органа.

Да је нејасна сврха закона, види се и на основу Члана 1. који дефинише предмет Закона, према коме се штити конкуренција «у циљу економског напретка и добробити друштва, а нарочито користи потрошача...». Шта је економски напредак, а шта добробит друштва, како се ове категорије мере, како ће суд проценити да је неки актер ограничио економски напредак, или, пак, смањио добробит друштва? Или, како поступити у ситуацији када неко својим поступцима подстиче економски напредак, а смањује друштвену добробит, или обрнуто? Одговор на та питања се не налази у одредбама Закона.

У економској науци је спорно питање да ли конкуренција заиста представља предуслов економског напретка, или су, пак, монополи генератори техничког прогреса којим се унапређује материјално богатство целог друштва. Свакако, дискутабилним питањима није место у једном закону, јер у пракси могу нанети више штете него користи.

С друге стране, корист потрошача је у тексту Закона некако скрајнута. Наведеном формулацијом «а нарочито користи потрошача», као да се сугерише како постоје и неки други циљеви који нису изричито наведени. Речју, створена је прилична збрка, која је резултат збрке у главама писаца Закона.

Једноставно, Закон је требало насловити тако да одмах свима буде јасно како се он доноси у циљу борбе против монопола (на пример, Антимонополски или Закон о борби против монопола). Циљ тог закона мора бити заштита потрошача. Предмет закона је борба против монопола, било на страни понуде или на страни тражње (монопсон). Међутим, Закон мора дати одговор и на питање зашто су монополи штетни, пре свега они на страни понуде? Једноставно, монополи ограничавају понуђену количину и тим путем наплаћују вишу цену, услед чега потрошачи трпе знатну штету.

Користећи своју тржишну моћ да ограничава понуду, монополиста својим акцијама заправо врши прераспodelу у друштву, од купаца ка продавцу. Потрошачи су принуђени да плате вишу цену јер монопол представља или јединог продавца на датом тржишту или доминира тржиштем тако да га остали понуђачи једноставно следе. Другим речима, потрошачима је једино остављен избор да купе или да не купе дато добро. Уколико га купе, претрпеће штету која је једнака разлици између

Савет за борбу против корупције Владе Републике Србије

АНАЛИЗА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

монополске цене и цене која би постојала када би на том тржишту владала конкуренција. Износ штете се релативно лако може израчунати и у складу с тим применити одговарајућа мера против монополисте.

Многи европски антимонополски закони не наводе ове једноставне чињенице у уводним параграфима, али код нас то треба јасно истаћи јер се ради о транзиционом друштву које се тек навикава на стандардне тржишне категорије. Да се не ради о паушалној оцени, која нема упориште у стварности, лако се можемо уверити читајући пресуде највишег суда у земљи. Тако, на пример, Врховни суд Србије у пресуди по тужби предузећа UNIQUA REAL ESTATE против Комисије за заштиту конкуренције (У. 1595/07, председник већа мр Јадранка Ињац), брка појмове конкуренције и концентрације. Позивајући се на одобрење за концентрацију, у пресуди се чак на четири места употребљава реч конкуренција, а само на три места концентрација. Три потписника пресуде нису нашли ништа чудно у формулацији «одобрење за спровођење конкуренције».

Посебно истицање заштите потрошача у уводним члановима закона неопходно је и због законских правила која важе у Европској Унији (ЕУ). Готово сви њени документи који се односе на ову материју истичу у првом плану интересе потрошача. Тако је на основу Члана 81. Оснивачког уговора Европске Заједнице јасно да су забрањена сва ограничавања конкуренције, а изузеци су могући само ако доприносе напретку производње и продаје, унапређивању техничког прогреса и ако у исто време «омогућавају потрошачима правичан удео у користи која следи» (Став 3.). Сви споразуми који би нарушавали овај принцип ништави су према правилима ЕУ. Такође, наредни члан Уговора (82.) говори о забрани злоупотребе доминантног положаја на тржишту, опет имајући у виду интересе малих потрошача.

Слично томе, законска правила која важе приликом контролисања концентрације (Council Regulation No 4064/89), налажу Европској комисији да узме у обзир тржишну позицију учесника концентрације, «интересе међуфазних и крајњих потрошача и развој техничког и економског прогреса, под условом да је у интересу потрошача и да не представља сметњу конкуренцији» (Члан 2. Став 1.). Дакле, основни критеријум за одобравање концентрације на европском тржишту представља податак да ли она доприноси интересима потрошача или им штети.

На основу овог закона, Европска комисија је донела Смернице за примену Члана 81. Уговора на хоризонталне споразуме о сарадњи (2001/С 3/02). У Параграфу 25. наводе се споразуми који су готово увек забрањени (изузетак је направљен само у случају заједничког улагања), а то су: ограничавање конкуренције путем наметања цена (*price fixing*), ограничавања производње, или поделе тржишта или купаца. Следи образложење зашто су ти споразуми штетни: «наметање цена и ограничавање производње директно воде до тога да купци плаћају вишу цену, или да не добијају жељену количину. Подела тржишта или купаца смањује избор доступан купцима и стога такође води до виших цена и смањене производње».

Савет за борбу против корупције Владе Републике Србије

АНАЛИЗА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Комисија ове прекршаје сматра најтежим и стога им одређује и највише казне у складу са Смерницама о методу за одређивање казни (2006/С 210/02), према Параграфу 23.

Сви ови аргументи говоре у прилог потребе да се у једном од уводних чланова Закона недвосмислено истакне како је његов циљ заштита потрошача, односно да су предмет закона радње којима се нарушава конкуренција, зарад наношења штете крајњим корисницима добара и услуга. Тек после ових законских промена судови би имали јасан критеријум за пресуђивање у случајевима који нису тривијални и који могу у значајној мери захтевати познавање економске теорије.

2. Релевантно тржиште

Свакако је за примену антимонополског законодавства од кључног значаја дефинисање релевантног тржишта. Према дефиницији, конкуренција се одвија на тржишту, али тек када утврдимо границе конкуренције између предузећа, у стању смо да дефинишемо опсег неког тржишта, а затим можемо израчунати учешће у понуди, тражњи или тржишну моћ учесника. Али, питање је како дефинисати тржиште када се на њему налазе толико различити производи који можда задовољавају исту потребу купаца.

Неки производ који је у широкој употреби, као што је рецимо сапун, има прецизно дефинисану намену, али се на тржишту налази мноштво врста које се продају по различитим ценама. Распон цена може бити врло широк и сапуни познатих светских фирми могу бити и сто пута скупљи од сапуна малих домаћих произвођача. Поставља се онда питање да ли производи ова два продавца конкуришу један другом, односно да ли спадају у опсег једног тржишта. Ако они стварно не конкуришу један другом, можда ово тржиште треба поделити на више појединачних тржишта. Али, где су онда границе цепања тржишта? Можда бисмо дошли у парадоксалну ситуацију да проглашавамо производе сваког појединачног произвођача за посебно тржиште, јер свакако није извесно да произвођач глицеринског сапуна конкурише произвођачу сапуна за бебе. Ако бисмо се определили за шири опсег тржишта, можда бисмо дошли у прилику да у ово тржиште укључимо и лосионе за чишћење лица, течне сапуне, пасте за прање руку итд. Покушај да се дефинише појединачно тржиште у неким случајевима може бити доста компликован.

Нови Закон, после мале језичке лектуре, преузима Члан 6. из претходног Закона, а са њим и таутолошку дефиницију: «Релевантно тржиште... јесте тржиште које обухвата релевантно тржиште производа на релевантном географском тржишту». Како ова тврдња ништа не значи, у наставку се даје следеће објашњење: «Релевантно тржиште производа представља скуп робе, односно услуга које потрошачи сматрају заменљивим у погледу њиховог својства, уобичајене намене и цене». Будући да ни ово није много боље од претходног, на крају члана стоји како ће Влада прописати критеријуме за одређивање релевантног тржишта.

Савет за борбу против корупције Владе Републике Србије
АНАЛИЗА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Влада је заиста донела Уредбу о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта (Сл. гласник РС 94/2005), која је на снази и поред доношења новог Закона. Међутим, ни ова уредба није од веће користи од саме законске одредбе, будући да представља скраћен и лош превод неког страног текста. У Члану 2. се каже: «Релевантно тржиште утврђује се применом теста малог, али значајног и трајнијег повећања цена од стране претпостављеног монополисте...Тест претпостављеног монополског повећања цена састоји се у утврђивању најужег тржишта за одређену робу или услугу на којем би претпостављени монополиста могао профитабилно да примени мало, али значајно и трајније повећање цена». Релевантно тржиште се утврђује путем теста којим се утврђује тржиште. Ко је разумео, знаће.

Највиши суд у земљи оправдано није био у стању да разуме горњу дефиницију релевантног тржишта и како се утврђује његов опсег. Тако се у пресуди у управном спору који је Имлек заједно са суботичком Млекарном (оба у власништву Danube Foods Group), покренуо против Комисије за заштиту конкуренције (У.1395/08, председник већа Зоја Поповић), као главни разлог за усвајање тужбе наводи како Комисија није утврдила релевантно тржиште. «Влада РС је донела Уредбу...којом је прописала критеријуме за утврђивање релевантног тржишта (тест претпостављеног монополског повећања цена, процена нивоа пада тражње на тржишту производа, процена нивоа пада тражње на географском тржишту и др.)». Судско веће уопште није схватило да све што је наведено у загради представља само једну те исту ствар. Оно није било у стању да схвати (или није желело да схвати) став Комисије по коме није било могуће применити тест «јер сирово млеко није заменљиво ниједним другим пољопривредним производом, а млекарима нико други не конкурише у откупу млека». Врховни суд је остао категоричан да је «закон повређен на штету тужиоца».

Још је драстичнији пример пресуде, која је по последицама далеко тежа, у управном спору који је покренуо «Пример Ц» против Комисије. Судско веће (председник Даница Богдановић) је, оспоравајући Решење Комисије којим се споречава формирање монопола у београдској трговини на мало, навело, поред процедуралних разлога, погрешно утврђено релевантно тржиште. Притом се у пресуди не наводе никакви аргументи већ се само позива на «веома детаљну анализу стања» коју је сачинила Привредна комора Србије и «Conzit», као и Студију «сачињену од стране Правног факултета Универзитета у Београду».

Судско веће као да није желело да улази у дискусију о питању које сматра уско стручним и неразумљивим. Једноставније је било позвати се на ауторитете. Овај став је у најмању руку чудан, будући да је Већу била добро позната чињеница да је наручилац обе студије било предузеће које жели да оствари трговински монопол и чији је власник најбогатији човек у земљи. Институције на које се позвао Врховни суд само су послужиле као параван за прикривање лукративних интереса извршилаца наручених «анализа» (Слободан Милосављевић, у случају Привредне

Савет за борбу против корупције Владе Републике Србије АНАЛИЗА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

коморе, декан Мирко Васиљевић са групом професора Правног факултета, коју су чинили Борис Беговић, Весна Бесаровић, Драгор Хибер, Гашо Кнежевић, Владимир Павић).

Свакако је незаобилазан закључак да Врховни суд не би могао тако олако да се позове на «ауторитете» да је у Закону релевантно тржиште прецизно дефинисано и да је уредба детаљно разрадила процедуре за утврђивање релевантног тржишта. Непостојање јасних законских правила и неуважавање оних правила која су недвосмислена, довело је до стварања монопола у трговини на мало, до отуђења вредне имовине и до фактичке експропријације власника капитала, о чему је Савет већ информисао Владу у више наврата (извештаји о приватизацији Ц-маркета).

Појам релевантног тржишта данас је у стручној литератури прецизно разрађен и донекле се разликује од интуитивног схватања речи које су комбиноване на овај начин. На пример, у обичном говору нема никакве дилеме о томе шта је, рецимо, релевантно тржиште продавцу јабука – то је тржиште јабука на одређеној локацији (Бајлонијевој пијаци). Међутим, због већ наглашене разлике међу производима, који иначе могу бити веома слични (као што су различите сорте јабука), у судској пракси, пре свега у Сједињеним Државама, јавила се потреба да се тржиште прецизније дефинише. Европска Унија је тек 1997. године званично усвојила амерички приступ, иако су поједине земље чланице и раније примењивале исти појам.

Данас се обично каже да група производа на одређеној локацији чини тржиште само ако би њихови продавци, наступајући као монопол, били у стању да оствере профит манипулишући ценом. Уколико на једном тржишту постоји конкуренција, продавци «дисциплинују» један другог – ниједан од њих не може да подигне цену јер би се купци преоријентисали ка осталим продавцима који нису повећали цену. За разлику од тога, монопол је суочен са целокупном тражњом на датом тржишту и стога је у стању да бира цену која му највише одговара. Тако се границе тржишта утврђују на посредан начин, преко хипотетичког питања: да ли би се групи производа у рукама монополисте могла повећати продајна цена и сходно томе повећао профит? Релевантно тржиште је најмања група производа који задовољавају наведени критеријум.

Поступак утврђивања релевантног тржишта је итеративан. Полази се од једног производа и затим се том производу додаје најближе добро које задовољава исту потребу (супститут), све док се не дође до групе производа који би били у стању да подигну цену и остваре профит и поред смањене продаје (дизањем цене реално је очекивати пад продаје).

Ако се вратимо примеру са јабукама, поставља се питање да ли само једна или све врсте јабука чине тржиште, или јабукама треба додати и неко друго воће (јагоде, шљиве, односно све свеже воће). Рецимо, на одређеној локацији има више продаваца делишес јабука. Да ли би они заједно, ако би наступили као монопол,

Савет за борбу против корупције Владе Републике Србије

АНАЛИЗА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

били у стању да подигну цену и остваре профит? Вероватан одговор је одречан, будући да би се купци лако преоријентисали на друге сорте јабука. Зато ћемо јабукама делишес додати и сорту јонаголд. Да ли би продавци делишес и јонаголд јабука могли, као монопол, да подигну цену и остваре профит? Ако је одговор и даље одречан, додајемо нову сорту и тако ширимо појам тржишта док, евентуално, не укључимо све врсте јабука. Ако ни онда продавци не би били у стању да профитабилно повећају цену производа, закључак је да јабуке саме за себе не могу да чине релевантно тржиште. Треба им додати најближи супститут, а то су, рецимо, крушке. Да ли би продавци јабука и крушака, наступајући као монопол, могли да дигну цену? Ако је одговор потврдан, та два производа чине релевантно тржиште. Ако је одговор негативан, додајемо следећи супститут, све док не добијемо позитиван одговор.

Имајући то у виду, можемо рећи да је Комисија исправно поступила у случају «Имлек», када је релевантно тржиште утврдила констатујући да на датој локацији «сирово млеко није заменљиво ни једним другим пољопривредним производом» и стога чини релевантно тржиште. Да је релевантно тржиште у Закону било порецизно дефинисано, Суд би морао да уважи став Комисије. На тужиоцу би онда било да докаже како произвођачи млека не би били у стању да подигну откупну цену млека, уколико би на том тржишту наступили као монопол. Тај задатак би практично био немогућ. Овако је још један монопол, у власништву тајкуна, судском одлуком стекао право да и даље злоупотребљава свој доминантан положај на тржишту и да путем тога остварује абнормалан профит.

За утврђивање релевантног тржишта од кључног значаја су две врсте података: пад тражње услед подизања цене једног добра и пад тражње услед раста цене неког другог добра. Прву појаву описује коефицијент ценовне еластичности тражње (процентуални пад купљене количине јабука услед једнопроцентног пораста њихове цене), а другу унакрсна еластичност тражње (процентуални раст продаје јабука услед једнопроцентног раста цена крушака). Ако раст цене једног добра повећава тражњу другог, услед чега је коефицијент унакрсне еластичности тражње позитиван, добра су заменљива у потрошњи (супститути). Зато се у поступку тражења релевантног тржишта постепено укључују добра према опадајућој вредности коефицијента унакрсне еластичности тражње.

На основу реченог јасно је да тело које утврђује опсег једног тржишта (Комисија за заштиту конкуренције) мора имати врло детаљне податке о ценама и продатим количинама добара, али исто тако и о броју, економској снази, капацитету конкурената, о могућностима да се појаве неки нови конкуренти, било из иностранства, било преоријентацијом производње домаћих предузећа. Стога није на одмет да се у Закону наведу државни органи који морају Комисији редовно да достављају све потребне тржишне податке и анализе (Завод за статистику, Царина, министарства привреде, финансија, трговине), као што то чини немачки закон.

Савет за борбу против корупције Владе Републике Србије

АНАЛИЗА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Утврђивање релевантног тржишта је тек први корак у анализи тржишне моћи учесника. Тржишна моћ је дефинисана као способност продавца (купца) да задржи цену изнад (испод) конкурентске цене, чиме остварује додатни профит. Према нашем Закону, тржишна моћ учесника уопште није дефинисана, већ се само користи појам злоупотребе доминантног положаја.

3. Доминантан положај

Обично се утврђивање позиције продавца на тржишту идентификује са његовим учешћем у продаји. Претпоставка је да продавац са већим уделом у тржишној тражњи може да изврши и већи утицај на равнотежну цену. Наш Закон дефинише праг за доминантан положај на тржишту као учешће од 40 % (Члан 15.). Ова граница је постављена доста високо. На пример, немачки закон је истакао да се доминантан положај стиче са једном трећином тржишта, док већина европских закона следи став Европске комисије, према коме је немогуће поставити универзалан праг за тржишну доминацију, с обзиром на различиту структуру појединих тржишта (Смернице за примену Члана 81. Уговора ЕЗ на хоризонталне споразуме о сарадњи, Параграф 28, 2001/С 3/02).

Члан Закона који дефинише тржишну доминацију не прецизира начин на који се израчунава тржишни удео учесника. Вероватно се мислило на учешће посматраног предузећа у укупној продаји на релевантном тржишту. На такво тумачење упућује Члан 7. који дефинише начин обрачуна годишњег прихода. Међутим, учешће прихода неког предузећа у укупној продаји на релевантном тржишту не мора да одговара значају предузећа у тржишној утакмици.

Размотримо једноставан пример: постоје два произвођача парадајза, од којих се један специјализовао за продају раног поврћа, а други за продају у пуној сезони. Први је продао 10 килограма по цени од 200 динара, а други 100 килограма по цени од 20 динара. Обојица имају исти приход – 2000 динара – те би се на основу тог показатеља закључило како је њихова позиција на тржишту истоветна. Међутим, други произвођач има десет пута већу производњу. Та чињеница у неким ситуацијама може бити пресудна, у зависности од типа конкуренције који влада у грани (Курноова – када се конкуренти прилагођавају количинама, или Бертранова – када обраћају пажњу на цену).

Имајући у виду ограничен дomet искључивог ослањања на приход конкурената, Комисија је исправно поступила у случају «Пример Ц» (решење број 6/0-02-138/07-15 од 26.11.2007. године), када је тржишну позицију трговинских предузећа проценила, не само на основу поређења прихода и учешћа у продаји појединих артикала, него и поређењем броја, квадратуре и типа продајног простора. Такође, у поступку који је водила против млекара у власништву Danube Foods Group, Комисија је укрстила податке Министарства пољопривреде са подацима удружења сточара о броју откупљивача и количинама откупљеног млека, како би утврдила доминантан положај учесника (решење 5/0-02-66/08-1, од 25.1.2008.). Поред тога,

Савет за борбу против корупције Владе Републике Србије

АНАЛИЗА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Комисија је у оба случаја израчунала степен концентрације тржишта и констатовала како је према европским стандардима она висока, иако према Закону на то није била обавезна. Међутим, за Врховни суд сви ти аргументи нису били довољно уверљиви, те у пресуди констатује како постојење доминантног положаја «није правилно и потпуно утврђено» (У.1395/08).

Учешће прихода предузећа у реализацији на релевантном тржишту може бити само један од показатеља положаја предузећа, али свакако не и најважнији. На пример, на једном тржишту може постојати један продавац чије је учешће 40% и 20 мањих, од којих сваки има удео око 3%. На другом тржишту један учесник такође има учешће од 40%, али постоје још два продавца од којих сваки задовољава по 30% тражње. Положај доминантних продавца на ова два тржишта је сасвим различит. У другом случају се чак тешко може тврдити да највећи продавац заиста има доминантан положај. Дакле важан је удео сваког од конкурената, односно неопходно је израчунати степен концентрације понуде и тип конкуренције која влада на релевантном тржишту, о чему Закон уопште не говори.

Степен концентрације понуде може се мерити на различите начине, али је данас у најширој употреби израчунавање индекса Херфиндала и Хиршмана (ХХИ). Сматра се да овај индекс на најбољи начин исказује број и релативну позицију конкурената у грани. Он се израчунава као збир квадрата учешћа свих конкурената на тржишту. У случају када постоји само један продавац на тржишту вредност индекса је 10000, што је његова највиша вредност ($100^2=10000$), а са растом броја конкурената овај индекс тежи нули. Према правилима ЕУ (Смернице за примену Члана 81. Уговора ЕЗ на споразуме о хоризонталној кооперацији, 2001/С 3/02), сматра се да је степен концентрације низак ако је вредност индекса испод 1000; умерен степен концентрације је уз вредност индекса између 1000 и 1800, а преко тога је висок степен концентрације (Параграф 29.).

У првом случају горњег примера вредност индекса би била 1780, што би указивало на умерен степен концентрације, иако је највећи продавац далеко најјачи на тржишту. У другом случају би степен концентрације био веома висок са вредношћу индекса од 3400 поена, иако је највећи продавац тек нешто јачи од својих конкурената. На основу наведеног примера види се да ни ХХИ није савршен показатељ доминанције на тржишту. Зато су америчко Министарство правде и Савезна трговинска комисија прописали да се приликом спајања предузећа мора контролисати не само апсолутна вредност ХХИ, већ и његов прираст (Смернице за хоризонтално спајање). Ако се у зони умерене концентрације спајањем предузећа ХХИ повећава за више од 100 поена, а у зони високе концентрације за више од 50 поена, државни органи морају да реагују. Ништа од тога се не налази у нашем Закону.

Размотримо детаљније како је Закон дефинисао доминантан положај: «Доминантан положај на релевантном тржишту има учесник на тржишту који нема конкуренцију, или је конкуренција безначајна, односно који има знатно бољи

Савет за борбу против корупције Владе Републике Србије

АНАЛИЗА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

положај у односу на конкуренте...» (Члан 15.). Прво, тешко је у једној малој земљи, која је отворена према светској трговини, пронаћи продавца који нема конкуренцију. Чак и у случају природног монопола, и уз државну контролу увоза, зашта је ЕПС најбољи пример, потрошачи имају избор између грејања на струју и коришћења лож уља, угља, гаса или дрва. Грејање домаћинстава свакако није мали део потрошње електричне енергије и ЕПС о томе мора да води рачуна. Или, држава може неком учеснику доделити законски монопол, као што је то учињено са моторним бензином, али и на том тржишту се лако може јавити конкуренција у виду црне берзе, уколико монополиста довољно подигне цену. Практично, пример за учесника без конкуренције била би само нека мала продавница у удаљеном селу. Али, у крајњој линији, и ту може постојати супституција: мештани могу сами да месе хлеб уколико им је цена хлеба у продавници превисока, а једном месечно могу да оду колима до првог већег места где ће се снабдети свим потрепштинама. Но, Комисија за заштиту конкуренције не би требало да се бави тим случајевима.

Размотримо други могући случај – безначајну конкуренцију. Закон не даје критеријум за разликовање значајне од безначајне конкуренције. Да ли је граница после које конкуренција постаје безначајна учешће на тржишту од 90%, 95%, 85%, или је довољан само законски минимум за констатовање доминантног положаја од 40% учешћа? Видели смо на основу горњег примера да последњи критеријум за проглашење безначајне конкуренције не би био прихватљив, јер доминантан продавац може имати неколико конкурентата који продају на релевантном тржишту тек нешто мање од њега. Али, чак и у случају када један продавац подмирује готово целокупну тражњу, као рецимо Пошта која доставља готово сва писма, још не мора да значи да постоје безначајна конкуренција, па ни доминантан положај на тржишту. Наиме, људи све мање користе писма као средство комуникације и прелазе на електронску размену информација.

Трећи основ за доминацију Закон види у случају када неко предузеће има знатно бољи положај од конкурентата. Слично као у примеру са достављањем писама, једна новинска кућа, као што је Политика, може имати у односу на све конкуренте знатно већи тираж дневних новина, и много већу економску и финансијску снагу. Али, у исто време, она може имати малу тржишну моћ, јер људи путем Интернета бесплатно читају вести и коментаре. То би практично значило да би у релевантно тржиште требало укључити и Интернет, али читање новинских чланака се не наплаћује као посебна услуга Интернета, тако да учешће Политике на тржишту можемо утврдити само на основу штампаних медија који имају продајну цену (неке дневне новине се бесплатно деле читаоцима). Дакле, према критеријумима Закона, дневне новине Политика имају доминантан положај на тржишту, али у пракси то веома мало значи.

Закон не забрањује постојање доминантног положаја, већ злоупотребу тог положаја (Члан 16.). Дају се четири врсте злоупотребе, од којих су прва два случаја сасвим нејасни и неоперабилни. Први основ за злоупотребу положаја Закон види у наметању «неправичне куповне или продајне цене или других неправичних услова

Савет за борбу против корупције Владе Републике Србије

АНАЛИЗА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

пословања». Нигде се затим не даје критеријум за разликовање правичне од неправичне цене, нити за дистинкцију између правичних и неправичних услова пословања. Тако се учесницима на тржишту оставља да слободно процене шта је праведно, а шта није, чиме се практично врши јавни позив на бомбардовање Комисије притужбама о «неправичним» ценама или условима пословања. У једном закону којим се поспешује конкуренција није оправдано коришћење моралних вредносних судова јер су они резултат субјективне процене.

Други основ за злоупотребу доминантног положаја на тржишту Закон види у ограничавању производње, тржишта и техничког развоја. Ни у овом случају се не дају критеријуми за разликовање нормалног стања од ограничавања. На пример, ретко се може наићи на предузећа, чак и у периодима просперитета, да стопостотно користе своје капацитете. Да ли то значи да сва предузећа ограничавају производњу и да их треба законски гонити (или бар она предузећа која имају учешће у продаји веће од 40%)?

Доминантан положај учесника и злоупотреба тог положаја неодвојиви су од појма тржишне моћи, а о томе у Закону нема ни речи.

4. Тржишна моћ

Тржишну моћ поседује продавац (купац) који је у стању да продаје (купује) по цени која је изнад (испод) конкурентске цене. Конкурентска цена је, са своје стране, једнака трошковима најскупље јединице која је неопходна за задовољавање тражње (гранични трошкови). Наиме, на конкурентском тржишту равнотежа се успоставља у пресеку функција агрегатне тражње и агрегатне понуде. Ова друга функција добија се сабирањем граничних трошкова постојећих понуђача (додатни трошкови достављања једне екстра јединице на тржиште). Како у конкурентским условима гранични трошкови морају показивати тенденцију раста, равнотежна цена је једнака граничним трошковима последње изнете јединице на тржиште. Та цена представља и спремност купаца да плате за последњу изнету јединицу неког добра или услуге. Уколико је продавац у стању да ограничавањем своје понуде подигне продајну цену и тако оствари профит, он поседује тржишну моћ.

Тржишна моћ се најчешће исказује као процентуално одступање граничног трошка од цене (Лернеров коефицијент). Ако је продајна цена p , а гранични трошак GT , тржишна моћ се исказује преко следећег обрасца:

$$L = \frac{p - GT}{p}.$$

Лако се показује да је тржишна моћ обрнуто пропорционална коефицијенту еластичности тражње. Ако је висока еластичност тражње, мала је разлика између цене и граничног трошка, па је мала и тржишна моћ продавца.

С друге стране, купац који поседује тржишну моћ у стању је да путем ограничавања својих куповина обори цену и да на тај начин оствари профит.

Савет за борбу против корупције Владе Републике Србије
АНАЛИЗА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Његова тржишна моћ је једнака реципрочној вредности коефицијента еластичности понуде (процентуални раст понуде услед једнопроцентног раста продајне цене).

Ови критеријуми имају веома једноставно објашњење: уколико је еластичност тражње висока, мали раст продајне цене једног продавца изазива велики пад тражње за његовим производима и стога таква акција неће бити профитабилна. Насупрот томе, у случају ниске еластичности тражње, један продавац може знатно подићи цену, а да се то одрази на малом смањењу тражње, што ће вероватно резултирати у повећаном профиту. На аналоган начин постоји веза између тржишне моћи купца и еластичности функције понуде. Стога се познавањем коефицијената еластичности тражње, односно понуде, много тога може закључити о тржишној моћи учесника.

Наравно, познавање коефицијената ценовне еластичности тражње и понуде је тек први корак у испитивању тржишне моћи учесника. Детаљнија анализа захтева познавање реакције конкурената на ограничавање понуде једног од учесника и на последично дизање његове продајне цене. Лако се може закључити да еластичност тражње за производима једног продавца, односно његова тржишна моћ, зависи од еластичности тражње за производима релевантног тржишта, од еластичности понуде конкурената и од учешћа датог предузећа у укупној продаји на релевантном тржишту. Мања еластичност тражње и понуде и веће тржишно учешће подразумевају већу тржишну моћ.

Одговор конкурената у великој мери зависи од типа производа који се износи на тржиште (хомоген или диференциран), од типа конкуренције међу понуђачима (Курноова, Бертранова, или Штакелбергова), као и од снаге купаца. Стога покушај дефинисања тржишне моћи не може заобићи ни ова питања, о чему сведоче и ставови Европске комисије (Смернице за примену Члана 81. Уговора ЕЗ на хоризонталне споразуме о сарадњи, Параграф 30, 2001/С 3/02).

Тржишна моћ учесника се може мерити и путем анализе критичног губитка. Наиме, сама чињеница да неки продавац остварује велику разлику између цене и граничног трошка не мора да значи да је он у прилици да подигне цену својим производима, тј. не мора да значи да је у стању да ефектуира своју тржишну моћ. Анализа критичног губитка се често примењује у дефинисању граница једног тржишта, али и приликом анализе ефеката спајања предузећа. Она треба да да одговор на питање да ли ће спојено предузеће бити у стању да подигне цене својих производа и да тако злоупотреби стечену тржишну моћ.

Анализа критичног губитка полази од оправдане претпоставке да је хипотетички монополиста (група производа на неком тржишту) у стању да подигне цену својим производима, што неизбежно доводи до пада продајне количине. Пад продаје, међутим, доводи до смањивања профита, будући да се разлика између цене и граничног трошка у том случају множи са мањом количином (продавци су поседовали извесну тржишну моћ и пре пораста цене). С друге стране, подизањем

Савет за борбу против корупције Владе Републике Србије
АНАЛИЗА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

цене се највероватније повећава укупан приход. Дакле, свако дизање цене има за последицу извесно повећање прихода, али и изванредан губитак маргине изнад граничног трошка, услед смањене продаје. Критични губитак је процентуално смањење продаје којим се ове две супротне тенденције изједначавају. Ако би се критични губитак обележио са K , образац за његово израчунавање би био:

$$K = \frac{\Delta p / p}{L + \Delta p / p},$$

где је са p обележена цена, Δp је њена промена, а L је Лернеров индекс.

Ако би хипотетички монополиста смањео продају у мањем проценту од критичног губитка, повећање цена би му се исплатило. Ако би, пак, дизањем цене смањење продаје било веће од критичног губитка, њему се таква акција не би исплатила. Другим речима, подизање цене се исплати само ако је стварни губитак на продаји мањи од критичног.

Познавањем Лернеровог индекса (који је једнак реципрочној вредности еластичности тражње), лако се може израчунати критични губитак. Он се креће у обрнутом смеру од Лернеровог индекса, односно раст Лернеровог индекса доводи до смањења критичног губитка, будући да се индекс налази у имениоцу горњег израза. Са растом профитне маргине (разлике између цене и граничног трошка), тј. са растом тржишне моћи предузећа, опада критични губитак. Али, са растом еластичности тражње, расте и критични губитак, пошто раст еластичности тражње обара вредност Лернеровог индекса.

Један једноставан пример може сликовито да прикаже изнете ставове. Рецимо да продавац има значајну тржишну моћ, будући да му је продајна цена два пута виша од граничног трошка. Вредност Лернеровог индекса је тада 0,5. Поставља се питање да ли је овај продавац у стању да повећа продајну цену за 5% и да на тај начин оствари профит, ако је еластичност тражње за његовим производима 2. Податак о еластичности тражње указује да ће петопроцентно повећање цене изазвати пад тражње од десет процената. Заменом података у обрасцу за критични губитак добија се највеће процентуално смањење продаје при коме се не мења износ оствареног профита:

$$K = \frac{0.05}{0,5 + 0.05} = 0,0909.$$

Добијени податак указује на то да продавац може допустити смањење своје продаје највише за 9,09%, уколико не жели да му се смањи профит. Како би уз подизање цене од 5% смањење продаје износило 10%, он свакако неће приступити трајнијем подизању цене. Уколико би се ова анализа применила на хипотетичког монополисту, закључак би био да је тржиште преуско дефинисано, односно да у релевантно тржиште треба укључити још супститута, према редоследу блискости. Ширењем појма релевантног тржишта, опадаће појединачно учешће сваког од конкурената.

Савет за борбу против корупције Владе Републике Србије

АНАЛИЗА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Како је анализа критичног губитка стандардно средство које се у земљама са развијеним антимонополским законодавством примењује на суду, приликом доказивања ширине релевантног тржишта и указивања на тржишну моћ учесника, потребно је да се овај појам унесе и у наш Закон.

5. Наметање цене

Једна од најтежих повреда слободне конкуренције односи се на наметање цене, када се два учесника на тржишту договоре о томе колику ће цену да плати трећи учесник. Тиме се ограничава слобода уговарања, будући да трећи учесник није у прилици да се слободно изјасни о цени као најважнијем елементу купопродајног уговора. Договор прва два учесника свакако је на његову штету – ако је купац, платиће цену вишу него што би платио да договора нема, а ако је продавац, добиће мањи приход од продаје.

Наметање цена (*price fixing*) је шири појам од стварања картела. Наиме, под картелом се подразумева заједнички наступ на тржишту два или више учесника на страни понуде или на страни тражње, када они путем формалног или неформалног договора успевају да издејствују себи повољну цену. У неким ситуацијама учесници договора о наметању цене уопште не морају да се појаве на релевантном тржишту, иако је њихова реч од пресудног значаја за утврђивање цене коју плаћа (прима) страна која није учесник договора.

Пример за овакво наметање цене имамо у случају договора који су склопили представници «Делта М», «Ц-маркета» и «Ладерне» о цени акција коју ће «Пример Ц» исплатити акционарима «Ц-маркета» (утврђена је цена у висини коју је понудила «Делта М», која се иначе не јавља као купац акција). Истим договором странке које нису купци акција споразумеле су се о учешћу у власништву «у пројекту» преузимања «Ц-маркета», што се обично квалификује као подела тржишта (о овом случају је Савет обавестио Владу дописом 20. августа 2007. године).

Уговором о оснивању Европске заједнице, Чланом 81, наметање цене је наведено на првом месту као посебан облик спречавања конкуренције, чиме се прати приоритет који се овом облику нарушавања конкуренције даје у националним законодавствима земаља чланица. Свим антимонополским законима ови договори су забрањени и ништави, а учесници договора се кажњавају новчаним казнама. У Француској је, рецимо, поред новчане казне (релативно ниске), предвиђена и фиксна затворска казна у трајању од четири године (Трговачки законик, Члан L 420-6). Слична правила важе и ван Европе. У Сједињеним Државама жртве договора могу да траже накнаду штете у троструком износу, а учесницима договора је запређена казна затвора до три године, чиме се потенцијални конспиранти одвраћају од нарушавања правила конкуренције.

Наш нови Закон је наметање цене дефинисао путем веома неспретног превода енглеског израза *price fixing*. У Члану 10. се каже како су рестриктивни споразуми

Савет за борбу против корупције Владе Републике Србије

АНАЛИЗА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

они којима се «непосредно или посредно утврђују куповне или продајне цене или други услови трговине». Дословна примена ових речи би значила да су сви купопродајни уговори рестриктивни и као такви забрањени и ништави. Наиме, сваким купопродајним уговором се утврђује куповна или продајна цена и ближе се утврђују услови размене. Из формулације је напросто испуштено да се услови утврђују за другога, тј. за неког ко није учесник договора. За ову врсту повреде конкуренције запрећена је казна до 10% укупног годишњег прихода.

Казне за ову врсту прекршаја су доста високе и зато је Закон предвидео могућност да се против решења Комисије може поднети тужба Управном суду (Члан 71.). Међутим, Закон ни на једном месту не пружа ни Комисији, а ни Суду, критеријум за препознавање наметнуте цене. На тај начин је ова одредба Закона, поред погрешног дефинисања, једноставно празна претња, услед чега је реално очекивати да ће и у наредном периоду монополисти делити тржиште и наметати цене учесницима у размени.

6. Закључак

Од дванаест препорука које је Савет упутио Влади у периоду припремања измена Закона, уважене су само две, и то делимично (процедура поступка пред Комисијом и изрицање мера). Неке измене Закона су директно супротне препорукама Савета (слабљење позиције Комисије и јачање дискреционих овлашћења Владе). У оквиру слабљења позиције Комисије, посебно се истиче могућност смене члана Савета или председника Комисије простим гласањем у Скупштини, на предлог скупштинског одбора (у претходном Закону предлог за смену је морало поднети најмање 20 посланика на пленарној седници Скупштине).

Нека нова решења у Закону представљају несумњиво побољшање. Ово се, пре свега, односи на могућност деконцентрације, нарочито у ситуацији када се спајање предузећа одвија без одобрења Комисије. Претходни Закон је изричито забрањивао изрицање такве мере, што је представљало својеврсни апсурд који је доводио у питање смисао постојања антимонополског закона. Такво законско решење, у комбинацији са казном политиком коју је требало да води прекршајни суд, представљало је директан позив на бахато рушење кредибилитета Комисије. Свакако је најдрастичнији пример из тог периода спајање «Примера Ц» и «Новафина», супротно решењу Комисије. Убрзо по извршеном спајању, предузеће «Ц Маркет» је фактички угашено, а његова имовина отуђена. Ставови комисије су једноставно игнорисани. Сада бар постоји законска могућност деконцентрације, али су процедуре и даље остале неразрађене, тако да остаје значајна сумња у реално спровођење такве мере.

Основна оцена Савета је да Влада није располагала довољним стручним капацитетима који би омогућили доношење једног квалитетног антимонополског закона. Ова оцена се, пре свега, односи на дефинисање релевантног тржишта, доминантне позиције учесника, наметнуте цене, као и на дефинисање злоупотребе

Савет за борбу против корупције Владе Републике Србије
АНАЛИЗА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

доминантне позиције. Законске одредбе у потпуности занемарују мере концентрације понуде и мере тржишне моћи учесника, које су у стандардној употреби у развијеним земљама. Може се слободно констатовати да борба против монопола уз такав Закон јесте слична борби против ветрењача. Антимонополска политика ће и даље тумарати у мраку неусклађених и немуштих прописа. Чак и под претпоставком да Комисија задржи своју самосталност и да, као и до сада, монополску позицију учесника на тржишту анализира на своју руку, без законског утемељења, то не може донети никакав напредак. Таква решења Комисије ће лако бити обарана на суду, са или без «експертског» мишљења, а нарочито у клими која не погодује замерању политичким и економским моћницима у земљи.

Чињеница је да се у многим европским антимонополским прописима не наилази на дефинисање неких од основних појмова о којима је у овом извештају било речи, као што су релевантно тржиште, еластичности тражње и понуде, анализа критичног губитка итд. Међутим, у пракси европских и америчких судова ови појмови имају пуни легитимитет. Код нас су ти појмови познати прилично ограниченом кругу људи, а што се очитује и у пресудама Врховног суда. Зато је потребно да овај закон буде далеко детаљније разрађен, у поређењу са законима развијених држава. Једноставно преписивање њихових закона, и то још уз лош превод, често може донети више штете него користи. Савет за борбу против корупције предлаже Влади да хитно приступи писању једног озбиљнијег и прецизнијег антимонополског закона, јер се без њега борба против корупције усмерава на последице, али не и на узроке ове штетне појаве.

У Београду 16. новембар 2009.

ПРЕДСЕДНИК

Верица Бараћ