

ZAŠTITNI OBJEKT PRAVA KONKURENCIJE

Za narušavanje konkurencije izriču se veoma visoke novčane kazne i stoga ne sme postojati neizvesnost po pitanju šta se smatra povredom konkurencije. Da bi svaka nedoumica po tom pitanju bila otklonjena, bitno je utvrditi šta je zaštitni objekt prava konkurencije jer je to istovremeno i predmet povrede. U veoma oštroj konkurenciji raznih pojava, dobara i vrednosti, prednost je data konkurencijskom pritisku, kao kontinuiranom izvoru podsticaja da se inovira kako bi se snizili troškovi, poboljšao kvalitet postojećih ili ponudili novi proizvodi i usluge i tako postigla maksimizacija ekonomske efikasnosti radi sticanja prednosti nad konkurentima s posledicom obezbeđenja opstanka na tržištu.

Ključne reči: *pravo konkurencije, tržišna struktura, privredna inicijativa, ekonomska efikasnost, konkurencijski pritisak*

U V O D

Konkurencija je bitna odlika tržišne ekonomije.¹ Pravno je regulisana i sudski zaštićena u javnom interesu. Po pravilu se osniva poseban državni organ u čijoj je nadležnosti sprečavanje narušavanja konkurencije. I pored svega toga, teško ćemo naći zakon ili sudsku odluku u kojima se ovaj pojam definiše.² “Formalna ili

Dr Stefan Šokinjov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ U literaturi je sporno da li je i neophodna. Tako pojedini autori smatraju da se brojni ekonomski, socijalni i drugi društveni ciljevi umesto konkurencijom mogu postići saradnjom (v. Maurice Stucke, “Is competition always good?”, *Journal of Antitrust Enforcement* No. 1/2013, pp. 162-197).

² Harry Gerla, “Restoring Rivalry As a Central Concept in Antitrust Law”, *Nebraska Law Review*, No. 2/1996, str. 209/210.

službena definicija konkurencije ne postoji.”³ Jedna od krupnih posledica izostanka formalnopravnog definisanja konkurencije može biti teškoća u određivanju šta se smatra povredom konkurencije.⁴ Kao primer može poslužiti naš Zakon o zaštiti konkurencije⁵ u kojem se pod povredom konkurencije smatraju “akti ili radnje učesnika na tržištu koje za cilj ili posledicu imaju ili mogu da imaju značajno ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije” (čl. 9). Kad apstrahujemo elemente koji nam nisu bitni za ovu analizu, ostaje da je povreda konkurencije ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije. Iako je definisanje povrede konkurencije u zakonu za svaku pohvalu, iz te definicije se, bez prethodnog definisanja konkurencije, ne može sa izvesnošću zaključiti koja je to konkretna vrednost ili dobro koje se pravom konkurencije štiti.⁶ Otuda nije iznenađujući sledeći napis: “U retrospektivnom eseju objavljenom 1992. godine povodom navršenja 30 godina karijere kao advokata u Briselu specijalizovanog za pravo konkurencije, Don Holley je napisao: ’To je bila 1962. godina kad su se advokati počeli pitati po kojim kriterijumima se ugovorne restrikcije podvode pod čl. 85(1) Ugovora o osnivanju Evropske Ekonomske Zajednice. Oni se to još uvek pitaju.’ Dvadeset godina kasnije (dakle 2012. – prim. aut.), pitanje je i dalje aktuelno: šta se podrazumeva pod povredom konkurencije...?’⁷

Da bismo znali šta se podrazumeva pod povredom konkurencije moramo znati šta se pravom konkurencije štiti, jer ono što se štiti to je predmet povrede. Da li je to tržišno takmičenje kao takvo ili rezultati tog takmičenja ili nešto treće ili sve skupa? U nekim presudama Suda pravde Evropske unije (dalje u tekstu: ECJ) kao zaštitni objekt prava konkurencije navodi se množina pojava, vrednosti

³ Maher Dabbah, *EC and UK Competition Law, Commentary, Cases and Materials*, Cambridge 2004, str. 2.

⁴ “Povreda konkurencije nema jedinstveno, jasno i opšteprihvaćeno značenje” (Francis Snyder, “Ideologies of Competition in European Community Law”, *The Modern Law Review* No. 2/1989, str. 149).

⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 51/2009 i 95/2013 (dalje u tekstu: Zakon).

⁶ Doduše, u čl. 1 Zakona se navodi da se konkurencija štiti u cilju ekonomskog napretka i dobiti društva, a naročito koristi potrošača, pa bismo mogli zaključiti da je povreda konkurencije učinjena ako se narušavanjem konkurencije sprečava ili usporava ostvarenje pomenutih ciljeva. U tom smislu se mora priznati da je naš Zakon o zaštiti konkurencije moderan jer su ekonomski napredak i dobit društva, a naročito potrošača zaštitni objekti u uporednom pravu konkurencije. U mnogim presudama Suda pravde Evropske unije zaštita ovih postignuća i vrednosti se pominje kao cilj prava konkurencije.

⁷ Damien Gerard, “The effects-based approach under Article 101 TFEU and its paradoxes: modernisation at war with itself” in *Ten years of effects-based approach in EU competition law enforcement* (eds. J. Bourgeois and D. Waelbroeck), Brussels 2012, (<https://ssrn.com/abstract=2117780>, jula 2019), str. 1.

i rezultata. Tako se u slučajevima *T-Mobile Netherlands*⁸ u tački 38, *Glaxo Smith Kline Services Unlimited*⁹ u tački 63 i *Dole Food Company*¹⁰ u tački 125 presude navodi da pravo konkurencije nije dizajnirano kako bi se zaštitili samo neposredni interesi konkurenata ili potrošača, već i tržišna struktura i time konkurencija kao takva. U nekim drugim presudama ECJ navodi se da je zaštitni objekt prava konkurencije sloboda privredne inicijative.¹¹ Osim ovih, u Vodičima Komisije identifikovali smo još nekoliko zaštitnih objekata prava konkurencije i to: efikasnu alokaciju resursa,¹² suparništvo (rivalitet),¹³ efektivni konkurencijski proces¹⁴ i integraciju unutrašnjeg tržišta.¹⁵ Sad već imamo pola tuceta zaštitnih objekata. Pa krenimo redom.

TRŽIŠNA STRUKTURA

Konkurencija je tržišna pojava pa se čini izlišnim posebno dokazivati uticaj tržišne strukture na funkcionisanje konkurencije.¹⁶ Osnovni činilac tržišne struk-

⁸ C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343.

⁹ Joined cases C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610.

¹⁰ C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184.

¹¹ Case 56/65 *Societe Technique Miniere*[1966] ECR 00235, стр. 240 i C-209/07 *Beef Industry Development Society*, ECLI:EU:C:2008:643, таč. 34.

¹² *Communication from the Commission — Notice — Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (OJ C 101, 27.4.2004, pp. 97–118; dalje u tekstu: Vodič za primenu čl. 81(3) Ugovora)*, таč. 13. “Kada je reč o alokativnoj efikasnosti, konkurencija stvara podsticaje učesnicima na tržištu da kupcima ponude upravo ono što im je potrebno (što kupci žele da kupe) i to u onoj količini koja im je potrebna. Puna alokativna efikasnost se postiže ukoliko su izjednačene ponuda i tražnja i ukoliko je cena (koja je u ravnoteži jednaka graničnim troškovima) izjednačena sa graničnom korisnošću (prirast ukupne korisnosti do koje dovodi potrošnja dodatne jedinice proizvoda). Budući da su izjednačeni granični troškovi i granična korisnost, ne može da dođe do realokacije resursa kojom bi se uvećalo društveno blagostanje, što znači da je postignuta alokativna efikasnost. Ključni element koji omogućava da se konkurencijom postigne alokativna efikasnost jeste tržišna cena, koja predstavlja sintetizovanu informaciju o tome šta su preferencije (želje) kupaca.” (Boris Begović, Vladimir Pavić, “Uvod u pravo konkurencije”, Beograd 2012, str. 15).

¹³ *Ibidem*, таč. 16.

¹⁴ *Communication from the Commission – Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (OJ C 45, 24.2.2009, pp. 7-20; dalje u tekstu: Vodič za primenu, čl. 82 Ugovora)*, таč. 6.

¹⁵ *Guidelines on Vertical Restraints (OJ C 130, 19.5.2010, pp. 1-46; dalje u tekstu: Vodič za vertikalna ograničenja)*, таč. 7.

¹⁶ Morfologija tržišta bitno utiče na uslove razmene, formiranje cena, ponašanje ekonomskih subjekata, prvenstveno proizvođača i prodavaca ali i potrošača i kupaca (Ivan Stojanović, *Savremena tržišta i cene*, Beograd 1977, str. 54).

ture su tržišni subjekti: prodavci i kupci, a brojnost tržišnih subjekata je osnovni kriterijum za njenu klasifikaciju. Tako, prema broju tržišnih subjekata razlikujemo: atomiziranu tržišnu strukturu, oligopol i monopol. Problem nastaje kada se tržišna struktura poistoveti sa konkurencijom pa atomizirana tržišna struktura i oligopol postanu sinonimi za perfektnu i imperfektnu konkurenciju. Poistovećivanje tržišne strukture sa konkurencijom značilo bi da je svako pogoršanje tržišne strukture povreda konkurencije. Međutim, "nije svaki isključujući efekat neizostavno štetan za konkurenciju."¹⁷ Zbog toga tržišna struktura ne može biti apsolutno zaštićena pravom konkurencije. Naime, pogoršanje tržišne strukture, pod čime podrazumevamo smanjenje brojnosti konkurenata na relevantnom tržištu, može biti i posledica zdrave konkurencije.¹⁸ Izlazak manje efikasnih konkurenata sa tržišta narušava tržišnu strukturu.

Međutim, pošto je ovo, s jedne strane, očekivana i poželjna posledica tržišnog takmičenja, sprečavanje izlaska s tržišta manje efikasnih konkurenata nije zaštitni objekt prava konkurencije.¹⁹ I s druge strane, (u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja), napuštanje tržišta od strane manje efiksanih konkurenata, iako predstavlja pogoršanje tržišne strukture, uopšte ne mora da označava slablje konkurencije.²⁰

Iako bez konkurenata ne bi bilo nadmetanja, pravo konkurencije štiti konkurenciju, a ne konkurente.²¹ Zaštita konkurenata od konkurencije je sama po sebi

¹⁷ C-209/10 *Post Danmark*, ECLI:EU:C:2012:172, tač. 22.

¹⁸ Zdrava konkurencija po definiciji vodi izlasku s tržišta ili marginalizaciji onih konkurenata koji su manje efikasni i time manje atraktivni potrošačima s aspekta cene, izbora, kvaliteta ili inovacije (C-209/10 *Post Danmark*, ECLI:EU:C:2012:172, tač. 22). Na to da će biti zaštićeni pravom konkurencije mogu najviše računati jednako efikasni konkurenti (Pablo Ibanez Colomo, Alfonso Lamadrid de Pablo, "On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know" in: *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*(eds. M. Gerard, B. Meyring), Brisel 2017, str. 40).

¹⁹ C-413/14P *Intel*, ECLI:EU:C:2017:632, tač. 133 i 134.

²⁰ "Interesi konkurenata mogu da budu povređeni, a da se time ne pričini šteta funkcionisanju konkurencije." (H. Gerla, "Restoring Rivalry As a Central Concept in Antitrust Law", *Nebraska Law Review*, No. 2/1996, str. 250). Isti autor na str. 240. citiranog članka tvrdi da će narušavanje konkurencije na tržištu na kojem posluje nekoliko konkurenata prouzrokovati teže posledice nego identično narušavanje konkurencije na tržištu na kojem je ponuda atomizirana.

²¹ H. Gerla, "Restoring Rivalry As a Central Concept in Antitrust Law", *Nebraska Law Review*, No. 2/1996, str. 222. Autor nas u fusnoti br. 62 citiranog članka informiše da je pomenuta fraza prvi put upotrebljena u slučaju *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 344 (1962) za vreme tzv. *Warren Court*-a kako se naziva period u kojem je Vrhovnim sudom SAD-a predsedavao sudija *Earl Warren* (1953-1969).

antikonkurencijska.²² Takođe, to dalje znači, da se povreda konkurencije mora strogo razlikovati od povrede interesa konkurenata, inače bi se zamaglila razlika između prava zaštite konkurencije i prava suzbijanja neelojalne konkurencije.²³ U svakom slučaju, efikasni konkurent ne sme biti kažnjen za uspeh.²⁴

KONKURENCIJSKI PROCES

Konkurencija je složena pojava. Kao što je tržišna struktura statički aspekt konkurencije, tako je aktuelni konkurencijski proces odnosno tržišno nadmetanje dinamički aspekt konkurencije. Konkurencija označava mobilnost,²⁵ zbog čega mnogi pisci o konkurenciji pišu u dinamičkom smislu kao procesu.²⁶ Međutim, konkurencija nije sama sebi cilj. Konkurencija je sredstvo za ostvarenje brojnih, pre svega, ekonomskih, ali i socijalnih, političkih i drugih ciljeva. Konkurencija ponekad može biti smetnja za ostvarenje ekonomske efikasnosti, dobrobiti potrošača, tehničko-tehnološkog i uopšte privrednog razvoja. Ponekad nije smetnja, ali se ovi rezultati uz manji utrošak energije, rada, vremena i dr. mogu postići saradnjom. Tada se restriktivni poslovni akt, iako mu je posledica narušavanje konkurencije, izuzima od primene kartelne zabrane. "Promocija društvenog blagostanja može ponekad izazvati žrtvovanje konkurencije."²⁷

I ne samo to, ne samo da neograničeno tržišno nadmetanje nije uvek poželjno,²⁸ ono nije čak ni moguće.²⁹ Perfektna konkurencija je model koji ne odgovara ekonomskoj stvarnosti. Ono što se danas štiti pravom konkurencije nije

²² Eleanor Fox, "What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect", *Antitrust Law Journal* No. 2/2002, str. 408.

²³ H. Gerla, "Restoring Rivalry As a Central Concept in Antitrust Law", *Nebraska Law Review*, No. 2/1996, str. 249.

²⁴ Frank Easterbrook, "Monopolization: Past, Present, Future", *Antitrust Law Journal* No. 1/1992, str. 101/102.

²⁵ Robert Park, Ernest Burges, "Competition as a Social Force" in: *Rational Basis of Legal Institutions* (eds. John Wigmore and Albert Kocourek), New York 1923, str. 91.

²⁶ Rex Ahdar, "The Meaning of 'Competition' and the Commerce Act 1986", *Otago Law Review* No. 2/1986, str. 324.

²⁷ George Stocking, "On the Concept of Workable Competition as an Antitrust Guide", *The Antitrust Bulletin* No. 2/1956, str. 19.

²⁸ "Nisu svi oblici konkurencije korisni" (M. Stucke, "Is competition always good?", *Journal of Antitrust Enforcement* No. 1/2013, str. 171).

²⁹ R. Park, E. Burges, "Competition as a Social Force" in: *Rational Basis of Legal Institutions* (eds. John Wigmore and Albert Kocourek), New York 1923, str. 91.

savršena, neograničena konkurencija,³⁰ nego funkcionalna konkurencija³¹ odnosno efektivni konkurencijski proces, optimalan spram uslova poslovanja na relevantnom tržištu. Međutim, čak ni kao takav se efektivni konkurencijski proces ne štiti apsolutno. Pre svega, postoje tržišna stanja, kao što je monopol, koja se sama po sebi ne smatraju zabranjenim, protivpravnim niti kažnjivim, iako u njima efektivnog konkurencijskog procesa bukvalno nema. Osim toga, realno je zamisliva situacija, naročito u oblasti kontrole koncentracija, u kojoj će se dozvoliti slabljenje intenziteta konkurencijskog procesa, pod uslovom da se zadrži ili obezbedi nizak nivo prepreka za ulazak na tržište.

SLOBODA PRIVREDNE INICIJATIVE

Cilj prava konkurencije jeste obezbeđenje okruženja pogodnog za stvaranje bogatstva, uz istovremeno očuvanje autonomije tržišnih učesnika.³² Glavno pravilo bi trebalo biti da bi prodavci trebali slobodno odlučivati o sopstvenom ponašanju na tržištu sve dok se time ne ograničava ista takva sloboda drugih prodavaca.³³ Evropska Komisija je dugo, pod uticajem ordoliberalne škole, preferirala stav da se pravom konkurencije prevashodno (na nivou opšteg načela) štiti sloboda svakog privredno-pravnog subjekta da nezavisno određuje politiku koju namerava sprovesti na tržištu.³⁴ Međutim, praktična posledica takvog stava, da se restriktivnim sporazumom smatra svaki sporazum kojim se redukuje autonomija tržišnih učesnika u donošenju poslovnih odluka,³⁵ ECJ je ocenio suviše formalističkim. Rigidnim sprovođenjem tog načela, gotovo bi svaka restriktivna poslovna praksa bila *per se* nedopuštena. Zbog toga je presudom u slučaju *Wouters* ECJ izričito naglasio da ne potpada svaki sporazum kojim se ograničava sloboda poslovanja (*freedom of action*) pod kartelnu zabranu.³⁶

³⁰ Osagie Omenai, "Autonomy as a Rationale for EC Competition Law", *UCL Jurisprudence Review* 2001, str. 204.

³¹ Funkcionalna konkurencija je termin koji ekonomisti koriste za socijalno prihvatljivu tržišnu situaciju (G. Stocking, "On the Concept of Workable Competition as an Antitrust Guide", *The Antitrust Bulletin* No. 2/1956, str. 4).

³² O. Omenai, "Autonomy as a Rationale for EC Competition Law", *UCL Jurisprudence Review* 2001, str. 203.

³³ Matjaž Tratnik, Aleš Ferčič, *EU Competition Law*, Maribor/Beograd 2008, str. 28/29.

³⁴ Vodič za primenu čl. 81(3) Ugovora, tač. 14.

³⁵ V. *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements* (OJ C 11 of 14.01.2011), tač. 27.

³⁶ C-309/99 [2002] ECR I-01577, tač. 97.

Sloboda privredne inicijative ni inače nije neograničena. Tako npr., privredni subjekti nemaju apsolutno pravo da odbiju da obavljaju privrednu delatnost.³⁷ Ovo pogotovo ako se nalaze u dominantnom tržišnom položaju, jer se u tom slučaju odbijanje poslovanja, ako nije zasnovano na pravima intelektualne svojine, po pravilu, smatra zloupotrebom dominantnog položaja na tržištu. Korespondentni pravni režim važi i za kolektivni bojkot. Osim toga, u američkom pravu privrednim subjektima nije dozvoljeno da likvidiraju deo proizvodnih ili trgovinskih kapaciteta, ako je to motivisano diskriminatornim razlozima.³⁸

DOBROBIT POTROŠAČA

Nisu samo privredno-pravni subjekti, a pre svega proizvođači i prodavci, tržišni učesnici. To su i potrošači u smislu fizičkih lica kao finalnih kupaca i krajnjih korisnika roba i usluga. Potrošači su, pre svega, od značaja za konkurenciju jer u konkurencijsko-pravnom odnosu, dakle konkurenti, mogu biti samo oni privredno-pravni subjekti koji robu ili usluge nude istoj grupi kupaca.³⁹ Daka-ko da nisu svi kupci potrošači, ali nema sumnje da se oni privredni subjekti koji nude robu i usluge istoj grupi potrošača nalaze u konkurentskom odnosu. Drugo, (opet u zavisnosti od vrste roba i usluga) mnogi konkurenti se na tržištu nadmeću da bi privukli potrošače, pa je tako uspeh u privlačenju potrošača indikator uspeha u tržišnom takmičenju.

Prodavci privlače potrošače nižim cenama, boljim kvalitetom, te širim asortimanom roba i usluga. Imajući to u vidu, jasno je da je očuvanje konkurencije na tržištu od značaja za ekonomske interese potrošača. Međutim, korist je obostrana. S obzirom da su potrošači pokazatelj uspešnosti poslovanja, to je u interesu efektivne konkurencije da taj pokazatelj neometano vrši svoju funkciju. Pošto su potrošači zbog slabije ekonomske moći i time slabije pregovaračke pozicije na

³⁷ Henry Perritt, James Wilkinson, "Economic Pressure and Antitrust", *The American University Law Review* No. 23/1974, str. 656.

³⁸ *Ibidem*, str. 655. Na sledećoj strani citiranog članka autori dodaju da je likvidacija celog privrednog društva, pa makar i iz diskriminatornih razloga, dopuštena jer tada prestaje pravni subjektivitet, pa samim tim prestaju i odnosi nadmetanja na tržištu u kojima je likvidirani privredno-pravni subjekt učestvovao.

³⁹ "O poslovnoj utakmici može biti govora samo kad ima jednog ili više takmičara u istoj poslovnoj branži,... Kako je cilj utakmice da se od drugog takmičara privuče mušterija, treba imati u vidu, da utakmica postoji samo u tome slučaju, kad konkurenti imaju iste mušterije. Prema tome, neće postojati utakmica između krojača u nekom selu u Slovačkoj i krojača u nekoj palanci u Južnoj Srbiji, jer nemaju iste mušterije;" (Janko Šuman, *Nelojalna utakmica*, Komentar Zakona o suzbijanju nelojalne utakmice, Beograd 1939. god., str. 1).

tržištu ranjivi, potrebno ih je pravno zaštititi, a naročito od eksploatatorskih poslovnih praksi.⁴⁰

Počev naročito od 1980-81, u američkom antimonopolskom pravu razvila se paradigma o izostanku intervencije u slučaju tržišnog ponašanja za koje nije verovatno da će redukovati potrošački višak vrednosti.⁴¹ “Intervencija bi se predominantno trebalo da fokusira na to da se potrošačima obezbedi efektivan izbor.”⁴² Tako je kao zaštitni objekat prava konkurencije promovisana maksimizacija dobiti potrošača.⁴³ Zaštita interesa potrošača u pravu konkurencije naročito je izražena u vezi sa izuzećem restriktivnih sporazuma od primene kartelne zabrane. Reč je o drugom uslovu za izuzeće prema kojem se izuzeće može dozvoliti jedino ako se potrošačima obezbedi pravično učešće u koristima koje se restriktivnim sporazumom postižu. Pored toga, jedan od imenovanih slučajeva zloupotrebe dominantnog tržišnog položaja je ograničavanja proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača.

Vremenom je maksimizacija dobiti potrošača međutim postala konkurencijsko-politička mantra i doživela neosnovano preuveličavanje značaja,⁴⁴ uprkos tome što *neposredan* predmet zaštite prava konkurencije nisu interesi tržišnih učesnika, pa samim tim ni potrošača. Čemu onda služi potrošačko pravo, pa čak i pravo suzbijanja neobjektivne konkurencije? Da blagostanje potrošača ne uživa apsolutnu zaštitu u pravu konkurencije Evropske unije potvrđeno je u sudskoj praksi ECJ.⁴⁵

⁴⁰ “Konkurencija šteti društvu kada se preduzeća takmiče u eksploatiranju potrošača” (M. Stucke, “Is competition always good?”, *Journal of Antitrust Enforcement* No. 1/2013, str. 174).

⁴¹ E. Fox, “What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”, *Antitrust Law Journal* No. 2/2002, str. 377.

⁴² Helen Jenkins, “Protecting Consumers: Does Competition Policy Help?”, *Competition Law Review* No. 4/2005, str. 286.

⁴³ R. Ahdar, “The Meaning of ‘Competition’ and the Commerce Act 1986”, *Otago Law Review* No. 2/1986, str. 325.

⁴⁴ “Blagostanje potrošača je primarni pokretač (*driver*) politike u oblasti konkurencije” (H. Jenkins, “Protecting Consumers: Does Competition Policy Help?”, *Competition Law Review* No. 4/2005, str. 283).

⁴⁵ “Da bi se utvrdilo da je narušavanje konkurencije cilj sporazuma između preduzeća, nije neophodno da su potrošači lišeni koristi od efektivne konkurencije u smislu snabdevanja ili cena.” (Joined cases C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P *GlaxoSmithKline*, ECLI:EU:C:2009:610, tač. 63).

Isti stav se zastupa i u delu američke pravne teorije.⁴⁶ Time se sprečava pretvaranje prava konkurencije u potrošačko pravo.⁴⁷

EKONOMSKA EFIKASNOST

Pojava ekonomske efikasnosti kao zaštitnog objekta prava konkurencije podudara se sa periodom restitucije ekonomskog (neo)liberalizma i političkog konzervativizma.⁴⁸ U tom smislu bi se moglo reći da je do 70-tih godina XX veka postojao konsensus da je zaštitni objekt prava konkurencije nadmetanje privrednih subjekata u privlačenju kupaca. Međutim, od tada, pod uticajem tzv. Čikaške škole, zaštitnim objektom prava konkurencije počela se smatrati efikasnost u alokaciji resursa kojom se postiže maksimizacija ekonomskih rezultata – ekonomska efikasnost.⁴⁹ Konkretno, 1977. godine je presuđenjem u slučajevima *Brunswick*,⁵⁰ *Fortner II*⁵¹ i *Sylvania*⁵² praktično zauzet stav da “sve dok umanjeње proizvodnje ili prodaje ne uzrokuje povećanje cena, ne postoji problem – barem ne u pravu konkurencije.”⁵³ To znači da se prihvatanjem ekonomske efikasnosti kao zaštitnog objekta u pravo konkurencije uvodi svojevrsni minimalizam pravne intervencije. Tako najliberalnije pristalice Čikaške škole zastupaju stav da se svrha prava konkurencije iscrpljuje u sprečavanju državne intervencije u privredi. Oni smatraju da će karteli, zbog autodestruktivne prirode, sami sebe uništiti pre nego što to učini država. Nešto umereniji zagovornici ove ideje smatraju da je saradnja među

⁴⁶ To što usled ponašanja tuženog potrošači nisu pretrpeli štetu nije prepreka da tužilačko preduzeće dobije spor zbog narušavanja konkurencije (E. Fox, “What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”, *Antitrust Law Journal* No. 2/2002, str. 383), jer se pretpostavlja da je zdrav i nenarušen konkurencijski proces u interesu potrošača (*Ibidem*, str. 384).

⁴⁷ Sir Peter Roth, “The continual evolution of competition law”, *Journal of Antitrust Enforcement* No. 7/2019, str. 20.

⁴⁸ E. Fox, “What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”, *Antitrust Law Journal* No. 2/2002, str. 379.

⁴⁹ H. Gerla, “Restoring Rivalry As a Central Concept in Antitrust Law”, *Nebraska Law Review*, No. 2/1996, str. 210.

⁵⁰ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977).

⁵¹ *United States Steel Corp. v. Fortner Enters., Inc.* 429 U.S. 610 (1977).

⁵² *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.* 433 U.S. 36 (1977).

⁵³ F. Easterbrook, “Monopolization: Past, Present, Future”, *Antitrust Law Journal* No. 1/1992, str. 105.

konkurentima uglavnom” razumno neophodna kako bi se privreda održala zdravom i produktivnom.”⁵⁴

Promovisanje ekonomske efikasnosti kao zaštitnog objekta prava konkurencije nije sasvim bez osnova. Prvo, konkurencija je ekonomska pojava. Drugo, cene, količina, kvalitet, asortiman, inovacije kao parametri konkurencije, ekonomske su prirode. Treće, ekonomska efikasnost je cilj efektivne konkurencije.⁵⁵ Konačno, prvi uslov za izuzeće restriktivnog sporazuma od primene kartelne zabrane odnosi se na postizanje ekonomskih koristi, uprkos ograničavanju konkurencije. I da ne zaboravimo, uvođenjem na ekonomiji baziranog pristupa u primeni prava konkurenciju u vidu korektiva smanjuje se pravni formalizam.

Međutim, ekonomska efikasnost nije konkurencija nego rezultat, posledica nenarušenog funkcionisanja konkurencije. Neki teoretičari, vrlo osnovano, dokazuju da ekonomski efekti, poput nižih troškova, nisu primarni već sekundarni rezultat neometane konkurencije.⁵⁶ Primarni efekat neometanog konkurencijskog procesa bila bi poboljšana produktivnost koja se postiže kroz eliminaciju tzv. unutrašnjih X-neefikasnosti, a posledica poboljšane produktivnosti bili bi niži troškovi, dok bi niže cene kao posledica nižih troškova bile tek tercijalni rezultat funkcionalne konkurencije. Zato se prilikom izbora da li prednost pravne zaštite pružiti ekonomskoj efikasnosti ili očuvanju efektivnog tržišnog nadmetanja, prednost daje očuvanju procesa efektivnog tržišnog takmičenja.⁵⁷ I drugo, čak i da se ostvare ekonomski efekti, poput recimo nižih troškova, ne postoji garancija da će preduzeće te efekte staviti u funkciju dobrobiti potrošača (kroz niže cene) ili tehničko-tehnološkog napretka (kroz ulaganje u istraživanje i razvoj). Postoje podaci da je recimo *Google* 2011. godine potrošio 9,6 miliona dolara na lobiranje.⁵⁸ To, kao i razbacivanje na luksuz, reprezentaciju, pa čak i preterani marketing, pre se može smatrati traćenjem resursa kojem se pravno ne može dati preimućstvo nad konkurencijom. Zbog svega toga se pravom konkurencije primarno štiti kon-

⁵⁴ E. Fox, “What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”, *Antitrust Law Journal* No. 2/2002, str. 378.

⁵⁵ Ako se nadmetanjem na tržištu ne postiže ekonomska efikasnost odnosno društveno blagostanje, onda se opravdano može pretpostaviti da je funkcionisanje konkurencije problematično.

⁵⁶ H. Gerla, “Restoring Rivalry As a Central Concept in Antitrust Law”, *Nebraska Law Review*, No. 2/1996, str. 211.

⁵⁷ Vodič za primenu čl. 81(3) Ugovora, tač. 105. Isto tako: M. Tratnik, A. Ferčič, *EU Competition Law*, Maribor/Beograd 2008, str. 117.

⁵⁸ M. Stucke, “Is competition always good?”, *Journal of Antitrust Enforcement* No. 1/2013, str. 181. *Microsoft* je iste godine na lobiranje potrošio 7.335.000 dolara.

kurencija, a ne efikasnost.⁵⁹ Povreda konkurencije je širi koncept nego rezultatski orijentisano ograničenje proizvodnje ili prodaje.⁶⁰

KONKURENCIJSKI PRITISAK

Konkurencija je složena pojava i prvo što se prilikom određivanja zaštitnog objekta ne može učiniti, to je svodenje konkurencije na neki od njenih segmenata. Drugo, dobrobit potrošača i ekonomska efikasnost nisu konkurencija, već rezultat konkurencije.⁶¹ Zaštitni objekt prava konkurencije pak mora biti trajni podstrek privredno-pravnim subjektima da budu ekonomski što efikasniji, na sopstvenu korist i korist potrošača i čitavog društva. Dakle šta je to što može da uživa apsolutnu konkurencijsko-pravnu zaštitu bez izuzetka? To je trajni razlog takmičenja, trajni razlog za sniženje troškova i inoviranje, trajni podsticaj za unapređenje poslovanja: kompetitivni pritisak.⁶² Očuvanjem dovoljnog intenziteta konkurentskog pritiska ili barem njegovog potencijala kroz realnu mogućnost ulaska na tržište,⁶³ štiti se i kompetitivna tržišna struktura i tržišna dinamika i istovremeno obezbeđuje podsticaj za ostvarenje ekonomskih koristi, pa samim tim i koristi za potrošače. U tom smislu, konkurencija se smatra povređenom kada se sposobnost ili podsticaj jednako efikasnog tržišnog učesnika da konkuriše umanjuju ili mogu oslabiti preduzimanjem restriktivne poslovne prakse od strane jednog ili više njegovih konkurenata. Usled umanjenja sposobnosti i podsticaja privrednog subjekta da konkuriše, slabi pritisak koji konkurent vrši prema drugim konkurentima odnosno koji predstavlja za njih. "Otuda bi u fokusu analize trebalo da budu uticaj prakse na kompetitivni pritisak."⁶⁴

⁵⁹ E. Fox, "What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect", *Antitrust Law Journal* No. 2/2002, str. 383.

⁶⁰ *Ibidem*, str. 405.

⁶¹ R. Ahdar, "The Meaning of 'Competition' and the Commerce Act 1986", *Otago Law Review* No. 2/1986, str. 325.

⁶² Konkurentski pritisak je osnovni efekat konkurencije (B. Begović, V. Pavić, "Uvod u pravo konkurencije", Beograd 2012, str. 14), a njegovo očuvanje jedan od temeljnih ciljeva antimonopolskog prava (Mišljenje Opšteg pravobranioca *Juliane Kokkot* dato u predmetu C-23/14 *Post Danmark*, tač. 73).

⁶³ Konkurentski pritisak može postojati i u odsustvu efektivnog konkurencijskog procesa jer ga tada čine ili predstavljaju potencijalni konkurenti

⁶⁴ P. I. Colomo, A. L. de Pablo, "On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know" in: *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*(eds. M. Gerard, B. Meyring), Brisel 2017, str. 41.

SLOBODA TRGOVINE

Nije sporno da se pravom konkurencije štiti sloboda trgovine.⁶⁵ S obzirom da je stvaranje jedinstvenog evropskog tržišta jedan od fundamentalnih ciljeva Evropske unije, poseban cilj prava konkurencije Evropske unije je otkloniti mogućnosti da trgovinu među državama članicama ometaju privatne barijere stvarene restriktivnim poslovnim ponašanjem tržišnih učesnika. Pravo konkurencije je tako u funkciji ekonomske integracije.

ZAKLJUČAK

Pravom konkurencije štite se razne pojave, dobra i vrednosti, ali svi oni nisu istog ranga. Prvorazredni predmet zaštite u pravu konkurencije su: konkurencijski pritisak i integracija tržišta. Konkurencijski pritisak se izdvaja kao dominantan predmet konkurencioskopavne zaštite zbog toga što očuvanje konkurentskog pritiska, aktuelnog i/ili potencijalnog, predstavlja kontinuirani podsticaj za ostvarenje ciljeva konkurencijske politike i prava, a naročito za postizanje ekonomske efikasnosti, koristi po potrošače i društvenog blagostanja uopšte. To je faktor konkurencije koji na kraju ima preimućstvo u odnosu na sve ostale zaštitne objekte prava konkurencije, pa i ekonomsku efikasnost. Uz to je i sveobuhvatan jer podrazumeva i strukturalni element (nema konkurentskog pritiska bez konkurenata, aktuelnih i/ili potencijalnih) i dinamičku dimenziju konkurencije (ispoljava se, po prirodi stvari, u svakom konkurencijskom procesu).

Iako je moderno danas u pravu konkurencije, pa i šire, razmišljati u terminima maksimizacije ekonomske dobiti i uopšte *economy-based* pristupu, ipak je bolje vratiti se osnovama tj. starim, proverenim vrednostima jer konkurencija jeste ekonomska pojava, ali u pravu konkurencije to je pravni pojam. Imajući to u vidu, povreda konkurencije bi se u budućem zakonu o zaštiti konkurencije mogla ovako definisati: "Povredom konkurencije smatraju se oni pravni poslovi, akti i radnje učesnika na tržištu kojima su cilj ili posledica znatno umanjenje sposobnosti ili podsticaja jednako efikasnog preduzeća da konkuriše na relevantnom tržištu, a što se u odsustvu predmetnih pravnih poslova, akata i radnji ne bi postiglo, kao i oni pravni poslovi, akti i radnje koji su zaključeni, doneseni ili preduzeti s namerom da se narušavanje konkurencije omogući, olakša ili prikrije."⁶⁶

⁶⁵ H. Perritt, J. Wilkinson, "Economic Pressure and Antitrust", *The American University Law Review* No. 23/1974, str. 635.

⁶⁶ Ovaj poslednji deo (posle zarez a iza reči *postiglo*) nismo obradili u ovom radu, a odnosi se na obezbeđenje pravnog osnova za odgovornost tzv. kartel facilitatora. Takođe, deo definicije koji glasi: "a što se u odsustvu predmetnih akata i radnji ne bi postiglo" odnosi se na tzv. kontračinjeničnu

STEFAN SHOKINYOFF, Ph.D.,
Full Professor, Faculty of Law
University in Kragujevac

THE PROTECTED SUBJECT MATTER OF COMPETITION LAW

Summary

Competition is a complex and a multi-task conception. It serves, inter alia, to protect market structure, undertaking's freedom of action and rivalry and to achieve economic efficiencies to the benefit of consumers and a whole society. But all of these are not of the same importance. The most important protected subject matter of competition law is competitive pressure. Competitive pressure is the main incentive for competitors to innovate and compete as more successfully as they can and thus to achieve economic, social and other goals. While other goals are either partial or not competition at all, competitive pressure is of indubitably competitive nature and also a complete subject matter since encompasses both, the structural segment of competition (competitive pressure is made by competitors actual and/or potential) and the dynamic one (competitive pressure normally displays in any competitive process).

Key words: competition law, market structure, freedom of action, economic efficiency, competitive pressure

(*counterfactual*) analizu (analizu na bazi stanja koje bi postojalo da predmetni akti i radnje nisu preduzeti), a koja je skoro nezaobilazno metodološko sredstvo za ocenu antikompetitivnih efekata poslovnih akata i radnji.