

Борис Беговић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду
begovic@ius.bg.ac.rs

Владимир Павић

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду
pavic@ius.bg.ac.rs

ЈАСНА И НЕПОСРЕДНА ОПАСНОСТ II: ЧАС АНАТОМИЈЕ

У претходном броју овог часописа објављен је текст „Прети ли јасна и непосредна опасност од новог закона о заштити конкуренције“ ауторке Дијане Марковић-Бајаловић (у даљем тексту ауторка),¹ који представља полемички осврт на наш рад објављен у истом часопису крајем 2009. године.² Полемика и размена аргумената је нешто што недостаје нашем академском животу – често се пише тек да се нешто напише, без поклањања пажње оном што су други написали, па нас је стога обрадовало сазнање да има оних који, ипак, читају наше текстове и осећају потребу да на њих реагује.³ Сматрамо, штавише, да полемика не треба да представља само непосредан одговор на примедбе друге стране, већ треба да осветли и контекст у коме су те примедбе настале. Како то постићи?

Решење смо, надамо се ипак ваљано, пронашли у томе да овај наш текст претворимо у својеврстан час анатомије не само полемич-

¹ Д. Марковић Бајаловић, „Прети ли јасна и непосредна опасност од новог Закона о заштити конкуренције“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 304-324.

² Д. Беговић, В. Павић, „Јасна и непосредна опасност: приказ новог Закона о заштити конкуренције“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2009, 70-88.

³ Да не би било забуне, употреба првог лица множине у овом тексту односи се искључиво на његове ауторе.

ког текста ауторке, него и прилично распрострањене парадигме у домаћем праву конкуренције која се из и иза овог текста назире. Па да почнемо овај тегобни посао завршном реченицом Кишовог предговора *Часу анатомије*: „...свет не почиње од данас и ми знамо, видимо, да ово није први час анатомије под капом небеском, али још се могу сазнати нове ствари, посматрањем, сецирањем и вивисекцијом, праксисом и сумом искустава која су нам доступна“. Није нам намера да се поредимо са (Рембрантовим) доктором Тулпом или са Данилом Кишом, далеко било, већ да покушамо да унесемо мало животног смисла тамо где га, како нам се чини, уопште нема.

1. О АКАДЕМСКОЈ РАСПРАВИ

Прихватамо основно начело академске расправе да „све што се објави може да буде јавно критиковано“ и у том смислу срдачно поздрављамо ауторкину идеју да критикује наш текст. Но, академска расправа подразумева неке норме, односно стандарде. Не расправља се са људима (још мање о људима), него о ставовима изнетим у одређеном академском прилогу. Расправља се аргументима у прилог или против неке тезе, а све с циљем преиспитивања те тезе – расправља се да би се боље разумела стварност. Уместо тога, ауторка свој текст започиње са: „Није добро када припадници академске заједнице поставе себи као искључиви задатак да новодонети пропис критикују, не покушаваши, при том, да критици дају макар привидан ореол научне заснованости и сагледавања друге стране медаље. Управо тако је учињено у чланку аутора Б. Беговића и В. Павића..., чиме се изашло из оквира струке и науке и прешло на терен критичког ‘ларпурлартизма’“.⁴

Прво, имајући у виду наведена начела академске расправе, апсолутно је ирелевантно због чега је неко написао неки научни рад. Његов мотив је можда унапређење општег добра, можда истинољубива сумња у објашњење стварности, а можда и похлепа, мржња према колегама („припадницима академске заједнице“, како их ословљава ауторка), или какав други мотив. Битно је једино оно шта је написано – а то због чега је написано је ирелевантно. Можда је Милтон Фридман све своје радове написао због сопствене мржње према сваком ко мисли другачије од њега, али то није битно – једино је битан квалитет аргументата којим је поткрепио своје налазе. Чак и ако се ирелевантност цитираног ауторкиног налаза остави по страни, тешко је спознати на којим је он чињеницама утемељен. Којим методом је ауторка спозна-

⁴ *Ibid.*, 304.

ла „искључиви задатак“ који смо нас двојица поставили сами себи? Ми о томе нисмо причали ни са ближњима, а камоли са њом. А и да смо, претпоставимо, причали, да ли би смела да нам верује? У погледу намере аутора постоји, речником економске теорије, велика асиметрија информација и не постоји начин да се она превазиђе.

Ауторка налази за потребно да сама себи постави и следеће питање: „Читаоци ће се можда запитати шта је аутора овог чланка подстакло да реагује. Комисија за заштиту конкуренције није имала пресудан утицај на садржину новог Закона...“.⁵ Нико од озбиљних читалаца академских текстова се не пита зашто је неко нешто написао – они читају шта је написано. То што ауторка мисли да је занимљиво пита се чаршија, у овом случају правноконкурентска чаршија, која се једино бави тиме ко има „пресудан утицај“ на законска решења, ко је у милости, а ко у немилости, ко је са ким добар, а ко кога не подноси, ко ће бити стари, а ко ће бити нови. Исто као и она књижевна чаршија, од пре преко тридесет година, описана у *Часу анатомије*, којој није било битно каква је књига *Гробница за Бориса Давидовића*, већ јој је било битно – све остало.

Употреба речи „ларпурлатизам“ је потпуно непримерена, не само због тога што је позајмљена из теорије естетике, него и због тога што сугерише кардељевско поимање науке, које се може сагледати из прве реченице ауторкиног текста: „Један од задатака правне науке јесте анализа позитивних законских прописа ради њихове објективне, стручно утемељене оцене, указивања законодавцу на евентуалне недостатке и пропусте, као и тумачења нејасних и непотпуних правних норми, како би се олакшала њихова примена у пракси“. Не бисмо делили задатке, једино што бисмо могли да приметимо јесте да се наш чланак бавио управо анализом „позитивних законских прописа“, подстицаја које ти прописи стварају понашању људи и ефектима тог понашања на друштвено благостање у најширем смислу речи. Дакле, наша анализа није била сама себи сврха.

Коначно, није јасно да ли ауторка полемиче са ставовима које смо ми изнели у чланку или са ставовима које се могу наћи у публикацији објављеној почетком 2003. године коју је потписало осам аутора, међу којима смо и нас двојица (у даљем тексту *Предлог осморице*),⁶ и која је представљала консултантски извештај Влади Србије на послу измене антимонополског законодавства у то време.

⁵ У време писања полемичког текста ауторка је била председница Комисије за заштиту конкуренције.

⁶ Б. Беговић *et al.*, *Нова антимонополска политика: предлог решења*, Центар за либерално демократске студије, Београд, 2003.

2. О РЕАЛНОСТИ И (ЕВРОПСКОМ) СВЕТУ ОКО НАС

Ауторка критикује наше ставове о томе да је проблем са новим Законом у томе што је, практично, преписан текст одговарајући бриселских прописа, покушавајући да докаже да уопште није било другог избора. Прво се позабавила нашим ставом да је чланство Србије у Европској унији крајње неизвесно. Уз нејасну алузију о томе због чега смо ми то написали (опет опсесија мотивом), ауторка каже да то није тачно, будући да: (1) Србија има статус „потенцијалног кандидата“ за чланство још од 2003. године; (2) да је ратификовала Споразум о стабилизацији и придруживању (надаље: ССП); (3) да је прелазни трговински споразум ступио на снагу. Претпостављамо да је то доказ да је све у најбољем реду и да можемо да очекујемо чланство коју годину после Хрватске. Додуше, још увек нисмо добили статус кандидата; уколико испунимо читав низ услова *можда* ће Србија до краја 2011. године добити тај статус, а онда нас тек чега озбиљнији део посла, који везан, између осталог, за тешка политичка питања. Турска је приступила Царинској унији још 1995. године, а постала земља кандидат 1999. године, започела је преговоре о поглављима 2005. године, урадила је све оно што нас још чека, а њено чланство у ЕУ је још увек крајње неизвесно. Имајући у виду да између Србије и већине чланица ЕУ постоје озбиљне несугласице око статуса Косова, рационалним посматрачима стварности се чини да је будућност нашег чланства у ЕУ и даље прилично неизвесна. Уколико неко жели стварност да замени политичким паролатама, може и тако, али томе једноставно није место у академској расправи.

Ауторка полемише са ставовима које ми никада нисмо изrekli. Тако, као полазну тачку својих опсервација на тему ефекта права ЕУ на територији Србије, она узима нашу тобожњу тврдњу да је хармонизација са европским прописима непожељна и набраја наводне разлоге које смо истакли против такве хармонизације.⁷ Истина је сасвим супротна од тога – ми смо констатовали да је хармонизација нашег законодавства са европским „пожељан и разуман циљ“,⁸ а примедбе које имамо изнели смо на начин на који се та хармонизација спроводи, понајвише на пуко преписивање којем се прибегава.

Надаље, ауторка тврди да у нашем тексту превиђамо да је пут законске реформе нашег законодавства у области права конкуренције

⁷ Д. Марковић Бајаловић, 306.

⁸ Б. Беговић, В. Павић, 71. Узгред, ауторка полемише са ставовима из Предлога осморице као „антиевропским“ и као доказ том свом ставу наводи текст из тог Предлога који се 2003. године залаже за „развој домаће антимонополске политике која је у ширем смислу компатибилна са начелима антимонополске политике ЕУ“. Уколико то није залагање за хармонизацију, тешко да би било шта друго могло да буде.

заправо могао бити само један: онај који се апсолутно подудара са законским решењима на нивоу Уније. У прилог томе, она се позива на чл. 73 ССП⁹ и на чл. 38 Прелазног трговинског споразума. Према ауторки, „наведеним одредбама Србија је преузела међународну обавезу да примењује правила конкуренције како (*sic!*) су формулисана у чл. 81 и 82 Уговора о ЕЗ и да их тумачи у складу са акти-ма које су донели Савет, Комисија и Суд правде“ и да то чини увек када се ради о понашањима која утичу на трговину између Србије и Уније.¹⁰ Стога, закључује ауторка, било би нерационално имати два сета прописа: један који се разликује од европских правила (а који би се примењивао на радње које не утичу на трговину између Србије и Уније) и други, који би био слика и прилика европске регулативе (и био примењиван на понашања која имају ефекат на трговину између ЕУ и Србије). Према мишљењу ауторке, једнако следи и из обавеза које је наша држава преузела ратификацијом *CEFTA* споразума, а у погледу трговине између Србије и земаља *CEFTA*. Стога, закључује ауторка, Србији су везане руке и најрационалније је да се примењују европски прописи онакви какви јесу.

Није спорно да је ратификацијом ССП Србија преузела обавезу да своје законодавство у области конкуренције постепено усклади са европским.¹¹ Објашњење зашто је став ауторке у погледу импликација члана 73 ССП погрешан почећемо цитирањем његовог текста:

Конкуренција и остале економске одредбе

1. Следеће није у складу са правилним функционисањем Споразума у мери у којој може утицати на трговину између Заједнице и Србије:

(i) Споразуми између предузећа, одлуке удружења предузећа и усаглашена пракса између предузећа, чији је циљ или учинак спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције;

(ii) злоупотреба доминантног положаја од стране једног или више предузећа на територијама Заједнице или Србије, у целини или на њиховом значајном делу;

(iii) свака државна помоћ која нарушава или прети да наруши конкуренцију давањем предности одређеним предузећима или одређеним производима.

⁹ Закон о потврђивању споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/08.

¹⁰ У складу са променама које је донео Лисабонски споразум, све референце на „ЕЗ“ и „Заједницу“ у овом тексту, осим оних које су садржане у цитатима, замењујемо референцама на „ЕУ“ и „Унију“.

¹¹ Члан 72 ССП у вези са чл. 8.

2. Свако поступање супротно овом члану оцењиваће се на основу критеријума који проистичу из примене правила конкуренције који се примењују у Заједници, нарочито из чл. 81, 82, 86 и 87 Уговора о ЕЗ и инструмената тумачења које су усвојиле институције Заједнице.

[...]

10. Ако једна од уговорних страна сматра да је одређено поступање неспојиво с условима из става 1 овог члана, она може предузети одговарајуће мере након консултација у оквиру Савета за стабилизацију и придруживање или 30 радних дана након што се обратила ради таквих консултација.[...]

Ауторка тврди да ова одредба практично везује руке Србији да има законодавство које није подударно са правом Уније, јер би то значило примену два различита система, уз изузетно тежак задатак да се детектује када неко понашање има димензију која нарушава објекат заштите ССП, а то је трговина између ЕУ и Србије.

Међутим, ССП нигде не прописује да Србија *мора* да примењује европско законодавство *telle-quelle* на таква чињења. Члан 73 не каже да ће се забрањена поступања процењивати *применом законодавства* Уније, већ да ће се процењивати „на основу критеријума који проистичу из примене правила конкуренције који се примењују у Заједници, нарочито из чл. 81, 82, 86 и 87 Уговора о ЕЗ и инструмената тумачења које су усвојиле институције Заједнице“. Дакле, на основу „критеријума који проистичу из примене“ законодавства ЕУ, а не на основу прописа који су на снази у Унији. Право ЕУ стога може послужити као инспирација за тумачење српских прописа о заштити конкуренције, а српска су правила још од Закона из 2005. године базирана на европској „шеми“. Овакав ефекат није споран.¹²

Спорно би, међутим, било учитавати у чл. 73 више од тога. Члан 73 не представља основ за директну примену европског законодавства на територији републике Србије. Тако нешто не само што не би

¹² Овакав је став заузео Уставни суд Пољске у одлуци бр. 19/1997, 5 *East European Case Reporter of Constitutional Law* 271, 284 (1998). Сличну позицију заузео је и чешки Уставни суд у случају Шкода: *Re Skoda Auto, Sbirka nálezů a usnesení*, Vol. 8, p. 149, citirano prema Z. Kühn, *The Application of European Law in the New Member States: Several (Early) Predictions*, 28 *German Law Journal* 556, 567. Сличну дистинкцију недавно је начинио и Уставни суд Хрватске у одлуци У III 1410/2007 од 13. 2. 2008. године: „ (...)хрватска тијела која се баве заштитом тржишног натјечања, овлаштена су и обвезатна примјењивати критерије који произлазе из примјене правила о тржишном натјечању Еуропских заједница и из инструмената за тумачење које су усвојиле институције Еуропских заједница. На тај начин ССП и Привремени споразум обвезују хрватска тијела за заштиту тржишног натјечања да рјешавајући одређене случајеве, примјењују не само хрватско право тржишног натјечања, него и да воде рачуна о одговарајућем праву Еуропских заједница.“ Хрватско се право, дакле, *примјењује*, док се европско узима у обзир, тј о њему се „*води рачуна*“.

било у складу са јединством правног поретка које Устав прокламује,¹³ већ и у пракси (с обзиром на то да постоје језичке и друге баријере) не би било могуће. Пренос дела суверених овлашћења на ЕУ биће омогућен ако и када у Устав буде унета одговарајућа одредба о томе, као што је то учињено у другим источноевропским државама.¹⁴

Истине ради, постоје и ситуације у којима ће чл. 73 послужити за доследну примену европских прописа, дословце онаких какви су на снази у Унији. То ће бити онда када Европска комисија процени да треба да искористи овлашћења која јој чл. 73 пружа. Нормално се њена јурисдикција простире на чињења, односно нечињења, која имају или могу имати ефекат на трговину између држава чланица ЕУ. Чланом 73 и сличним члановима споразума о придруживању који су закључени са другим државама ствара се основ да се та надлежност прошири и учини неспорном у неком будућем поступку.

Коначно, ауторка као нарочито тегобни нусефекат наших тобожњих препорука (и „неминовног“ резултујућег двоструког законског режима) истиче и то да би се, у циљу правилне примене прописа, сваки пут морало детектовати има ли неки случај ефекта на трговину између Уније и Србије. Став 10 чл. 73 показује да је предуслов за било какву акцију против оних који крше чл. 73 управо детекција посебности таквог случаја и спровођење (односно иницијација) консултација. Став 10 такође показује и да је надзор српских органа (и органа ЕУ) над поштовањем чл. 73 њихово право, а не обавеза: ако „сматра“ да има повреде „може“ предузети мере након одређеног поступка.

Утисак нам је да ауторка има проблема са разумевањем онога што смо написали и онога што пише у чл. 73 ССП, стога што компатибилност са европским законодавством изједначава са копирањем његовог садржаја, а било какву варијацију на тему са „супротношћу“. Ако бисмо били цепидлаке, приметили бисмо да је управо редакција чл. 73 ССП (којом је енглески израз *undertaking* преведен као „предузеће“) у великом несагласју са правним тековинама Уније.

Срећом, чак и српски законодавац, тако предано посвећен својој омиљеној „ресавској“ техници, понекад омане и у нашем закону одступи од најновије европске „моде“. Тај поступак није завредио ауторкину критику, а ми користимо прилику да га похвалимо као нешто

¹³ Члан 4(1) Устава Републике Србије, *Службени гласник РС* бр. 98/06. Тако је, на пример, Уставни суд Мађарске огласио неуставним ст. 1 и 2 чл. 62 Споразума о Европи, јер су се могли тумачити тако да омогућавају директну примену европског законодавства на мађарској територији без претходне имплементације у мађарски правни систем, Одлука 30/1998 (VI. 25.) АВ, доступно на http://mkab.hu/admin/data/file/687_30_1998.pdf.

¹⁴ За више о овоме, вид. В. Беширевић, „Constitutional Aspects of Serbia's Accession into the EU“, *Serbia and European Union* (прир. В. Димитријевић, М. Антевски), Институт за међународну политику и привреду, Београд 2010, 35-53.

у чему је (надамо се) у обзир узета потреба правне и пословне сигурности: на нивоу Заједнице не постоји више могућност појединачног изузећа (*negative clearance*) која је постојала за чл. 81(3), који је сада чл. 101(3), док је наш Закон ипак предвиђа.¹⁵

3. О СВЕМУ И СВАЧЕМУ

Ауторка тврди „да није јасно због чега је аутори сматрају да законодавац занемарио динамички аспект конкуренције“.¹⁶ У прилог тој тези наводи: а) да конкуренција може да се посматра као статичка и као динамичка категорија; б) да се постојећи Закон не разликује много од Предлога осморице.

Прво, ауторка тврди да је неспорно да се конкуренција на тржишту може посматрати као статичка и као динамичка категорија. И управо се у томе виде елементарно неразумевање феномена конкуренције. Конкуренција је неминовно динамичка категорија, будући да представља надметање и да је за понашање учесника на тржишту једино релевантан притисак који то надметање ствара, односно подстицаји за прилагођавање сваком учеснику. То је несумњиво јасно објашњено у нашем тексту.

Статички и динамички може да се посматра не конкуренција, него *равнотежа* која се успоставља на тржишту, а очигледно је да ауторка чини фундаменталну грешку поистовећујући *конкуренцију* на тржишту и *равнотежу* на том тржишту. Равнотежа на тржишту може да се успостави без конкуренције. Типичан случају тога је постојање монопола који је последица правних баријера уласку: нема конкуренције, али има равнотеже.

Признајемо, међутим, да је израз који смо у нашем тексту употребили „динамичко надметање“ плеоназам. Статичко надметање јесте *contradictio in adjecto*. Наш покушај је био да и онима којима није блиско економско резонување укажемо на суштину феномена конкуренције – да је она неминовно динамички феномен. Реакција ауторке показује да, нажалост, у овоме објашњењу нисмо успели. Сва одговорност за овај неуспех је на нама.

А када се, позивајући се на Демсеца, ауторка говори о конкуренцији, она у ствари говори о нечему сасвим другом – чини нам се о разлици између алокативне и производне, односно динамичке ефикасности.¹⁷ Довољна понуда је, на пример, свакако атрибут ало-

¹⁵ Члан 12 Закона о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 51/09.

¹⁶ Д. Марковић Бајаловић, *op. cit.*, 309.

¹⁷ Узгред, изгледа да постоји проблем са позивањем на Демсеца. Иако нисмо успели да дођемо до рада на који се ауторка позива (Н. Demsetz, *One hundred Years*

кативне ефикасности коју обезбеђује конкуренција и нема никакве везе са „конкуренцијом посматраном као статичком категоријом“.

Друго, ауторка покушава да објасни да нисмо у праву што критикујемо Закон, будући да смо се и ми, као двојица од осморице, пре осам година, залагали за то исто што сада постоји у Закону. „Једина разлика између Законом дефинисаних критеријума и критеријума који су предлагали ови аутори 2003. године јесте у томе што је Законом дозвољена могућност да и учесник на тржишту са уделом испод 40% има доминантан положај“. Ауторка не износи истину, јер између *Предлога осморице* и Закона постоје још неке разлике:

(1) Према *Предлогу осморице*, ни под којим условима учесник на тржишту не може да има доминантан положај на тржишту уколико је његово учешће на тржишту мање од 40%. Према Закону може.

(2) Према *Предлогу осморице*, уколико учесник на тржишту има учешће на тржишту веће од 40%, он може да има доминантан положај на тржишту само уколико су испуњени додатни услови: Закон претпоставља да учесник на тржишту има доминантан положај на тржишту уколико учешће на тржишту мање од 40%.

(3) Према *Предлогу осморице*, уколико учесник на тржишту има учешће на тржишту веће од 40%, надлежно тело треба да докаже да тај учесник има доминантан положај на тржишту. Према Закону, тај учесник на тржишту треба да докаже да нема доминантан положај на тржишту

(4) *Предлог осморице* не познаје категорију колективне доминације, док Закон претпоставља постојање такве доминације уколико два или више учесника на тржишту имају укупни удео на тржишту већи од 50%.

(5) *Предлог осморице* не допушта да концентрације буду забрањене уколико не стварају или не јачају доминантан положај на тржишту (који је већ рестриктивно дефинисан), док Закон допушта такву могућност.

(6) *Предлог осморице* не допушта да вертикални споразуми учесника на тржишту буду проглашени за рестриктивне (уз одређени

of Antitrust: Should we Celebrate, George Mason School of Law, Virginia 1991), дошли смо до рада за који је оправдано претпоставити да је финална верзија радног документа на који се ауторка позива (Н. Demsetz, „How many cheers for antitrust’s 100 years“, *Economic Inquiry*, Vol. 30, 2/1992). У том Демсецовом раду нема никакве речи о томе да се конкуренција може посматрати као статичка и као динамичка категорија, нити наводни садржај ефеката једног односно другог аспекта конкуренције која ауторка наводи са позивањем на Демсеца. Наиме, Демсец у уводном делу свог чланка једноставно разматра различите, како он сам наводи, димензије, односно форме конкуренције. Све те димензије, односно форме засноване су на поимању конкуренције као динамичке категорије.

број јасно спецификованих изузетака) уколико нити један од учесника нема доминантан положај, док Закон допушта такву могућност.¹⁸

Дакле, потпуно је очигледно да постоје далеко веће разлике између *Предлога осморице* и Закона, што значи да је ауторка, или намерно нетачно пренела, или ненамерно лоше разумела наводе из *Предлога осморице*. Шта год да је разлог, искривљено представљање садржаја *Предлога* није ни могло да представља било какав „доказ“ у расправи. Чак и да не постоји битна разлика између *Предлога осморице* и Закона (а видели смо да постоји), то није аргумент у прилог тезе да није јасно због чега аутори приказа критикују Закона са становишта поимања конкуренције.

Занимљива је и фуснота 23 у којој се наводи да *Предлог осморице* доводи до апсурдне ситуације у којој неко ко има 39,9% тржишног удела никада не би могао да буде проглашен за неког ко има доминантан положај и тиме потенцијално кажњен за њену злоупотребу.¹⁹ Заиста је апсурдна ситуација да неко ужива правну сигурност и да може слободно да бира своје пословне стратегије, без страха да ће за њих да буде кажњен! Основа конкуренције је економска слобода, односно слобода избора сваког учесника на тржишту. То што је неко сигуран да не постоји законска основа да може бити оптужен за злоупотребе доминантног положаја за неко своје понашање, што има слободу избора пословне стратегије, што има слободу избора стратегије којом се појачава конкурентски притисак, ауторка назива апсурдном ситуацијом. Толико о апсурду.

4. ДА ЛИ ЈЕ ЈЕДНА КЊИГА ДОСТА?

Ауторка сматра да аутори приказа Закона износе „неутемељену тезу: да се у пракси, како европској тако и нашој дешава да надлежно тело обично полази од претпоставке да постоји злоупотреба, па онда одреди постојање доминантног положаја, а то се најчешће ради манипулацијом у погледу дефинисања релевантног тржишта.“²⁰ Па наставља: „С обзиром да је наведена тврдња изречена без икакве аргументације, осим позивања на једну књигу о европској политици конкуренције, нема потребе оповргавати је“.

Узгред, та „само једна књига“ на коју се позивамо је прилично позната и у употреби распрострањен уџбеник политике (заштите) конкуренције у ЕУ. Чисто да установимо чињенице; не ради се о некој

¹⁸ Б. Беговић *et al.*, *passim*.

¹⁹ Д. Марковић Бајаловић, 310.

²⁰ *Ibid.*, 311.

опскурној књизи, опскурног издавача.²¹ Е сада, једно веома битно питање: на колико је књига потребно да се позовемо да би наша теза завредила макар и оповргавање? Уколико једна није довољна, колико је онда књига потребно: две, пет, седам или, можда 40%? Чудан је овакав манир академске расправе у којој се броје књиге, а не шта је у њима написано и како је то образложено.

А оно што је у литератури образложено заснива се на опасним подстицајима који постоје у европском, односно бриселском правном решењу које наш Закон прихвата. Ти подстицаји произлазе из решења према коме исто тело започиње истрагу и доноси решење – злонамерни би упутили на изреку „Кадија те тужи, кадија ти суди!“²². Па је онда потпуно јасно да запослени у том телу имају сваки подстицај да започињу истрагу која ће се завршити тиме што ће се установити да предмет истраге уопште и нема доминантан положај.

Не знамо да ли постоји један једини рад о сличном понашању домаћег тела. Нашу сумњу да се ствари одвијају управо на тај начин оснажила је ауторка на јавној расправи о нацрту Закона, када је пред пар стотина сведока изјавила „да је интерес странке пред Комисијом да покаже да је релевантно тржиште што веће, док је интерес Комисије да покаже да је релевантно тржиште што уже.“²² Да ли је потребна још нека књига?

Дакле, ауторка греша када каже да је овај став ослоњен на „Чикашку школу економије“. На страну што то није тачно, не можемо да видимо како је било који став о томе како функционишу европска тела за заштити конкуренције може да буде условљен налазима једне школе економске теорије, независно од тога колико се са тим налазима слажемо. Но, ауторка наставља са својим слободним размишљањима на тему Чикага, па указује на „чињеницу да Чикашка школа нема више ни у САД пресудан утицај на антимонополску политику“, позивајући се на наводне речи Роберта Питовског. Проблем је, међутим, у томе што Питовски то није написао, бар не у делу које ауторка цитира. Напротив, то дело је уводник у зборнику радова у коме се указује да Чикашка школа, нажалост, како сматрају Питовски и његови истомишљеници у том зборнику, у потпуности доминира размишљањима судија у апелационом и Врховном суду САД, па овим зборником то покушавају да промене – да нестане тај пресудан утицај који они констатују. Ауторка опет нетачно представља садржај туђих текстова.

²¹ M. Cini, L. McGowan, *Competition Policy in the European Union*, McMillan, London 1998.

²² Цитирано према белешкама једног од аутора. Расправа је одржана 8. децембра 2008. године у *Сава центру* у Београду. Ово је ауторка изјавила као Председница Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије.

Коначно, ауторка се осврће на нашу критику подзаконских аката, односно решења да је из Уредбе о критеријумима за одређивање релевантног тржишта избачен тест претпостављеног монополисте: „Пренебрегава се (можда намерно) чињеница да проблем одређивања релевантног тржишта постоји само када роба која је у питању има близак супститут са становишта њених купаца... Отуда није неопходно да се у сваком конкретном случају примењују економски тестови који ће дати одговор на ова питања?“²³

Проблем је, међутим, у томе што се не пренебрегава никаква чињеница, већ ауторка има проблема не само са познавањем права конкуренције, већ и са разумевањем садржаја самог Закона који тако жестоко брани. Наиме, Закон указује на то да релевантно тржиште чине (1) релевантно тржиште производа и (2) релевантно географско тржиште, што значи да – чак и да нема спора око тога да ли постоји довољно блиски супститут или не – остаје да се одреди географско тржиште. Уколико се, академске расправе ради, претпостави да неки производ нема супститут, тест хипотетичког монополисте служи за одређивање релевантног географског тржишта, јер се без тог тржишта, а према Закону који ауторка брани, не може одредити релевантно тржиште. Ауторка, међутим, такав захтев, који је потпуно у складу са Законом, назива „супротстављањем здравом разуму“.

Наводне аргументе против примене овог теста ауторка наводи цитирајући свој рад.²⁴ Примера ради, ауторка тврди да је тест претпостављеног монополисте неадекватан за одређивање релевантног тржишта у случају злоупотребе доминантног положаја и као доказ овој погрешној тези се наводи заблуда у случају целофана из кога се види да ауторка не схвата садржај наведене заблуде. Наиме, ауторка тврди да је случај целофанске заблуде, везан за погрешан закључак Врховног суда САД „да се целофан налази у конкуренцији (*sic!*) са другим савитљивим материјалима за паковање јер је произвођач Ду Понт већ искористила своју монополску моћ и толико подигла цене целофана да га је вештачки довела у конкуренцију са другим материјалима за паковање“. Када би доследно применили ово што је написано, произлази да повећање цене једног производа доводи до повећања конкурентности одређеног производа, додуше вештачког, како наводи ауторка (претпостављамо за разлику од природног, које је сасвим другачије). Овакав апсурд је само доказ да наведено тумачење целофанске заблуде не само да није тачно, него показује

²³ Д. Марковић Бајаловић, 314.

²⁴ Д. Марковић Бајаловић, „Одређивање релевантног тржишта: где заврша ва право, где почиње економија?“, *Либерализам и заштита конкуренције*, Правни факултет Крагујевац, Крагујевац 2010. Тај списак овако гласи: „недостатак стачких података за примену економских модела који су основа теста, неадекватност теста за одређивање доминантног положаја, (не)објективност економских анализа које стране у поступку подносе да би поткрепиле своје тврдње“.

неразумевање суштине теста претпостављеног монополисте. Њиме се не показује да ли постоји конкуренција, односно монопол или не, већ да ли је неко тржиште релевантно, што би значило да би на њему хипотетички монополиста могао да се монополски понаша и да исказује тржишну моћ. Проблем са целофаном лежи у томе што је почетна цена при тој анализи већ у себи садржала тржишну моћ, па је анализа малог, али одрживог повећања цене, дала погрешан резултат о томе да је тржиште целофана релевантно тржиште производа само за себе или не. Целофанска заблуда је заблуда везана за примену овог теста, односно за некоректан резултат који је произашао из некоректног улаза (цене на конкурентном тржишту) и никако не може да послужи за дисквалификацију самог теста, насупрот ономе што тврди ауторка.

Надаље, ауторка тврди да је „апсурдно да се од Комисије тражи да у сваком поступку мора да примени тест претпостављеног монополисте“. Стриктно прописивање процедуре, односно обавезе примене свих унапред познатих тестова је основа за успостављање одговорне администрације и њеног предвидљивог понашања, односно умањења регулаторног ризика, а не апсурд. Штавише, такве процедуре су основа за дисциплиновање државних службеника и државних служби, оних служби које уживају монопол, а како је још тридесетих година прошлог века навео Џон Хикс (*John Hicks*), „Најслађи од свих монополских профита је миран живот!“.

Но, занимљиво је питање како би званичници тела за заштиту конкуренције да одређују релевантно тржиште, без обавезе примене теста претпостављеног монополисте. Ево шта предлаже ауторка: „У неким случајевима релевантно тржиште је сасвим очигледно, као на пример, у случају постојања законских монопола, или у случају када роба у питању уопште нема супститут“. Прво, постојање законског монопола нема никакве везе са релевантним тржиштем производа. То што, на пример, постоји законски монопол железнице, не значи да је релевантно тржиште (производа) ограничено на железницу, будући да постоје бројни супститути. Релевантно тржиште је тржиште превоза, на пример, путника и у њему учествују железнички, аутобуски, можда и минибуски, а можда и авионски саобраћај, као и различите врсте превоза за сопствене потребе. Све зависи од коефицијента унакрсне еластичности тражње. Друго, а како се то одређује да неки производ нема супститут? Па управо тестом претпостављеног монополисте. Уколико се тај тест не спроведе, преостају методи слободне процене, под различитим радним називима: „одокативни“, „из авиона се види“, итд.²⁵ Можда се један од таквих метода, користећи скло-

²⁵ Нажалост, арбитарно одређивање релевантног тржишта и „заобилажење“ озбиљне економске анализе (укључујући и тест претпостављеног монополисте) примећено је и у пракси тела за заштиту конкуренције у окружењу. За критику прак

ност ауторке ка уметничким метафорама, може назвати и „импресионистички“.

Но, одбрана напуштања теста претпостављаног монополисте само је параван за широки напад ауторке на примену економских метода у праву конкуренције, у овом случају у одређивању релевантног тржишта. Па се тврди да „(...) проблем није у мањкавости прописа, већ у недостатку егзактних економских метода за правилно одређивање релевантног тржишта“.²⁶ Овај став се брани тврдњама да „недостају статистички подаци за примену економских модела који су основа теста“ и да су необјективне „економске анализе које стране у поступку подносе да би поткрепиле своје тврдње“. Одлично, па то је управо прилика за непристрасно тело за заштиту конкуренције да сачини своје објективне економске анализе којима ће се доћи до истине! А недостатак података се лечи веома једноставно – њиховим прикупљањем. Међутим, уместо да тело надлежно за заштиту конкуренције ради свој посао, далеко је лакше из прописа избацити обавезу да се тај посао ради. Упоредити: „Најслађи од свих монополских профита је миран живот!“.

5. ПРОКЛЕТА ЈЕ АМЕРИКА...

У нападу на нашу критику решења о контроли концентрација ауторка се опредељује на бесомучно цитирање америчке литературе, оне која се односи на контролу концентрација у тој земљи, као и документе америчких тела за заштиту конкуренције. Поприлична недоследност за неког ко тврди да нама нема друге него да марљиво преписујемо све оно што се произведе у „бриселској фабрици закона“!

Но, то и није толико битно – тражити доследност у тексту ауторке вероватно је расипање ресурса. Битније је нешто друго. Налази (како позитивни, вредносно неутрални, тако и нормативни) о контроли концентрација у САД у потпуности су ирелевантни за Србију. Тешко да постоје две привреде које се више разликују. Србија има привреду која од прве половине прошлог века није била тржишна и којој је потребно изразито реструктурирање. Америчка привреда има најдинамичнију познату структуру. Америчку привреду карактерише велики број улазака и излазака, чиме она решава велики део свог реструктурирања, односно прилагођавања. У Србији, насупрот томе, постоје бројне баријере уласку и изласку. Америчко тржиште је огромно и отвара могућности за реализацију економије обима соп-

се хрватске Агенције за заштиту натјечања, вид. J. Pecotić Kaufman, S. Slijepčević, „Koncentracije poduzetnika i merodavno tržište: pravni i ekonomski aspekti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5/2010, 995.

²⁶ Д. Марковић Бајаловић, 315.

ственим (органиским) растом предузећа. Српско тржиште је безнадежно мало. Коначно, у САД тржиште капитала, које функционише боље од било ког другог националног тржишта капитала, омогућава дисциплиновање управа корпорација и без концентрација. У Србији тржиште (сопственог) капитала практично и не постоји, односно ирелевантно је са становишта корпоративне контроле. То омогућавају само концентрације.

И онда следе уверавања како Закон у потпуности одговара америчким приоритетима контроле концентрација. А то је све у потпуности ирелевантно. Ипак, вреди напоменути да у фусноти 42 ауторка наводи да „Роберт Борк признаје да у случају учесника на тржишту који имају велики тржишни удео, економска ефикасност тешко да може да буде мотив за концентрацију. Он сматра да контрола концентрација треба да има за циљ да на тржишту остану минимално три фирме приближно исте величине“.²⁷ Ово једноставно није тачно, будући да Борк у цитираној књизи пише потпуно различите ствари. „Када се компаније које имају тржишни удео од 50% спајају како би формирале монопол, мотиве и ефекте њиховог чињења треба обазриво посматрати“.²⁸ И надаље: „Неизванстан је одговор на питање да ли спајање које ће довести до концентрације на тржишту од само два предузећа исте величине треба забранити. Мој утисак је да не треба и да концентрације које доводе до тржишног учешћа од 60 до 70% треба да се дозволе“.²⁹ Дакле, ауторка опет наводи нешто што није написано.

И за сам крај још једна у низу логичких грешака. Ауторка пише: „У чланку аутора се не износе никакви докази да је пракса Комисије за заштиту конкуренције РС последњих година била таква да одвраћа привредне субјекте од концентрација. Нама се чини да је велики број концентрација о којима је Комисија морала да одлучује током важења старог закона управо доказ да су учесници на тржишту улазили у процесе концентрисања, упркос наведеног негативном односу Комисије према њима“.³⁰

Број концентрација које су пријављене нема никакву сазнајну вредност у погледу ефекта одвраћања, односно генералне превенције уз грешку типа I, на шта смо указали у нашем тексту. Податак који има сазнајну вредност је однос укупног броја концентрација при оваквом режиму контроле концентрација и укупног броја концентрација који би се догодио да не постоји овакав режим контроле концентрација. Да, на пример, постоји неки алтернативни, блажи режим или да кон-

²⁷ *Ibid.*, 316.

²⁸ R. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, The Free Press, New York 1978, 219.

²⁹ *Ibid.*, 221.

³⁰ Д. Марковић Бајаловић, 318.

трола концентрација уопште не постоји. Свакоме ко је нешто мало читао о генералној превенцији и грешкама (типа I и типа II) које се догађају, ово би морало да буде кристално јасно. Другим речима, потребно је идентификовати све оне случајеве концентрација које би биле друштвено оправдане, које би увећале друштвено благостање које учесници на тржишту нису ни помишљали да предузму због овакве политике концентрација. Аутори приказа Закона су идентификовали неколико таквих случајева у директним разговорима са компанијама и њиховим правним заступницима. Сматрамо да су званичници са којима смо разговарали имали подстицаје да буду искрени према нама, исто тако као што их немају када разговарају са Комисијом. Називе тих компанија и имена њихових званичника задржаћемо за себе.³¹ Далеко је битније, међутим, да је из овог цитата јасно да ауторка не разуме шта је грешка типа I у генералној превенцији и да у разматрању те грешке не могу да постоје „докази“ какве она тражи.

6. *TEMPUS FUGIT*

Једна од интересантнијих тврдњи ауторке односила се на нашу констатацију да (у време када смо чланак предали у штампу, а то је био новембар 2009. године) још увек нису били донети подзаконски прописи који су се односили на колективна изузећа. Неколико месеци након што је чланак објављен, Влада је усвојила те подзаконске прописе. Ауторка констатује да је „време оповргло критичаре“.³² Признајемо да нисмо у стању да схватимо како је то „време оповргло“ нашу констатацију. По ауторкином аршину, следи да је „време оповргло“ и титулу председника Комисије за заштиту конкуренције којом се потписала у заглављу чланка.

Надаље, ауторка анализира наше дилеме у погледу чл. 74 новог Закона о заштити конкуренције и констатује да смо пренебрегли „једно од елементарних правила управног поступка“: а то је да се након поништаја у управном спору „предмет враћа у стање у коме

³¹ Љубазност званичника компаније *SBB* омогућава нам да наведемо један од примера из пословног живота на основу којег смо, заједно са осталим случајевима које смо упознали, изградили поменути став о одвраћању од пожељног понашања. Наиме, управо због тога што је очекивала да Комисије неће да одобри концентрације којима би ова компанија преузимала мале кабловске операторе по мањим градовима у Србији, *SBB* оваква преузимања није ни започео, па стога нема ни инвестиција у те кабловске системе који су препуштени неминовном пропадању, а квалитет услуге тих оператора пада из дана у дан. Нажалост, то је сасвим рационално понашање компаније која не жели да се изложи трошковима припреме преузимања, плаћању накнаде од (најмање) 2.000.000 динара, трошковима правних заступника, тензији самог поступка, уз ризик да на крају не добије сагласност.

³² Д. Марковић Бајаловић, 315.

је био пре него што је управни акт донесен“, односно да увек треба применити процесне норме старог закона. Чини нам се да је такав став добио на аргументацији у светлу формулације коју је усвојио новодонети Закон о управним споровима, а који је ступио на снагу након што смо израдили наш чланак.³³ Међутим, одредбе старог Закона о управним споровима³⁴ тешко да су одражавале јасноћу „елементарног правила“ на које се позива ауторка. Претпостављамо да је то и разлог корекције која је извршена у новом закону. Ауторка надаље констатује да је наш став био опасан и погрешан. У искушењу смо да се сложимо, у светлу чињенице да га имплиците подржава и једно мишљење сада већ бившег састава Комисије за заштиту конкуренције.³⁵

Чини нам се да време није „оповргло“ нашу опаску о мањкавости прелазних и завршних одредаба, истих оних на које ауторка у свом тексту није имала примедбе. У међувремену је потврђено и прво решење Комисије којом се утврђује нека повреда Закона, у овом случају злоупотреба доминантног положаја. Починилац ипак неће бити кажњен пошто је нови Закон прекршаје прекрстио у „мере“. Прекршајне судије тако немају на основу чега да казне починиоца (јер оно што је некада било прописано као прекршај сада више није), а Комисија нема могућност да накнадно изрекне „меру заштите“ јер је поступак већ окончан. Ово је директна последица прелазних и завршних одредби и увођења такозваних „мера заштите конкуренције“.

7. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Полемички текст ауторке нас је учврстио у нашем уверењу да је нови Закон о заштити конкуренције „јасна и непосредна опасност“

³³ Чл. 69 Закона о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 111/09.

³⁴ Чл. 61 Закона о управним споровима, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96.

³⁵ Мишљење Комисије за заштиту конкуренције, бр. 1/0 06 /09 од 16.12.2009. године:

„Чланом 61 став 3 Закона о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009 даље: Закон), прописано је да „концентрација која се спроводи путем понуде за преузимање у смислу прописа којим се уређује преузимање акционарских друштава, мора бити пријављена и кад нису испуњени услови из става 1 овог члана“. Из наведене одредбе произлази следеће:

ова одредба се односи само на концентрације које се спроводе после 1.11.2009. као дана почетка примене Закона (...);

ако је постојала обавеза подношења захтева за издавање одобрења за спровођење концентрације у складу са Законом о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 79/2005), који се примењивао до 1.11.2009., а захтев није поднет Комисији за заштиту конкуренције (даље: Комисија) и/или није одобрено спровођење концентрације, постоји обавеза подношења пријаве концентрације; (...).“

за обављање привредних делатности у Србији, за њен привредни раст и просперитет. Штавише, овај текст јасно ставља до знања да се у области права конкуренције неспорно ради искључиво о „праву“ и да, сходно томе, економистима и економској анализи у свему томе нема никаквог места. Ту „школу мишљења“, која подсећа на Кишову „чаршијску књижевну кухињу“, не интересује шта се дешава у свету, не интересују их чињенице које указују на то да се без економске анализе право конкуренције неминовно претвара у право спутавања конкуренције. Чикашка револуција, без обзира на то што се може оцењивати из различитих углова, представља управо тај преокрет. Та револуција је за право конкуренције оно што је увођење железнице за саобраћајни систем XIX века. А домаћа „школа“ се понаша као противници железнице, као они који су у Великој Британији почетком или у Србији крајем XIX века тврдили да ће краве поред пруге престати да дају млеко.

Језгровитост и концизност језика Оливера Вендела Холмса, судије Врховног суда САД, позајмићемо и на крају овог текста: „За рационално проучавање права, правник-техничар је можда човек садашњице, али човек будућности је статистичар и економски стручњак“.³⁶ На велику жалост Србије, у којој многи не виде шта је садашњост, а камоли будућност права конкуренције, ово је изречено пре равно 113 година.

³⁶ „For the rational study of the law, the black letterman may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics“.