BOJAN RISTIĆ[1]
E-mail: bristic@ekof.bg.ac.rs

POLITIKA ZAŠTITE KONKURENCIJE OD PRAVILA PER SE DO PRAVILA ZASNOVANIH NA RAZUMU: ISTORIJSKA PUTANJA I NJENE IMPLIKACIJE

COMPETITION POLICY FROM THE PER SE RULES TO THE RULES OF REASON: HISTORICAL PATH AND ITS IMPLICATIONS

JEL KLASIFIKACIJA: K21, L10, L40

APSTRAKT:

Vođenje politike zaštite konkurencije se zasniva na usvojenom kriterijumu za zaštitu konkurencije i pravilima koja se primenjuju kako se bi se proverila saglasnost analiziranih poslovnih praksi upravo sa tim kriterijumom. Glavni akteri, u užem smislu, nacionalnih sistema zaštite konkurencije su stručne i nezavisne komisije, sa primarnim ciljem da

1 Ekonomski fakultet, Univerzitet u Beogradu.

provere pomenutu saglasnost sa postavljenim kriterijumom. Nesumnjivo, zaštita blagostanja potrošača se nametnula kao kriterijum za zaštitu konkurencije u vodećim svetskim praksama iz ove oblasti. U ovom radu će biti prikazana istorijska putanja ove politike, od proste primene pravila per se do sofisticirane primene pravila zasnovanih na razumu. Videćemo da je unutar ovog kontinuuma moguće efikasno pozicionirati vođenje ove politike u zavisnosti, pre svega, od raspoloživih resursa komisija, te složenosti i veličine slučaja koji je predmet analize. Istorijska putanja će biti prikazana iz ugla vodeće svetske prakse iz oblasti zaštite konkurencije, sa namerom da se ukaže na ključne implikacije za mlade sisteme za zaštitu konkurencije, u koje se i srpski sistem može uvrstiti.

KLJUČNE REČI:
POLITIKA ZAŠTITE KONKURENCIJE, PRAVILA PER SE, PRAVILA ZASNOVANA NA RAZUMU, PRISTUP ZASNOVAN NA KONTINUUMU

ABSTRACT:

Enforcement of the competition protection policy is based on the adopted competition protection criterion and the rules that are applied to verify the conformity of the analysed business practices with that criterion. The main actors, in the narrower sense, of the national competition protection systems, are professional and independent commissions, with the primary aim to prove the conformity, as mentioned above, with the set criterion. Undoubtedly, protection of consumer welfare is imposed as a criterion for the protection of competition in the world's leading practices in this field. This paper will show the historical path of this policy from the straightforward application of the per se rules to the sophisticated application of the rules of reason. We will see that it is possible within this continuum to position management of this policy efficiently, depending, first and foremost, on the available commission resources, and on the complexity and magnitude of the case that is the subject of the analysis. The historical trajectory will be presented from the angle of the world's leading practice in the field of competition protection, in order to perceive the key implications for young competition protection systems in which the Serbian system can be classified.

KEY WORDS:
COMPETITION POLICY, PER SE RULES, RULES OF REASON, CONTINUUM-BASED APPROACH

1. UVOD

Okosnicu politike zaštite konkurencije čine propisi o zaštiti konkurencije i nezavisna tela (komisije) nadležna da ih sprovode i unapređuju, na osnovu relevantne teorije iz oblasti prava i ekonomije, kao i vodećih svetskih praksi. Vođenje moderne politika zaštite konkurencije podrazumeva simbiozu pravnog i ekonomskog rezona u dokazivanju povreda konkurencije.

Ključno pitanje za pravo konkurencije, pa samim tim i za vođenje politike konkurencije je da putem propisa (zakona, podzakonskih akata, smernica i sl.) definiše poslovne prakse koje narušavaju uslove konkurencije, utvrdi povredu konkurencije i preduzme odgovarajuće mere za njenu sanaciju. U najvećem broju oblasti koje pokriva ova politika se sprovodi *ex post*, dakle, tek pošto je povreda nastala, kao u slučaju kartelskog fiksiranja cena. Ipak, u nekim okolnostima, kao što je npr. slučaj sa kontrolom horizontalnih spajanja (tj. kontrolom koncentracija), ova politika se sprovodi *ex ante*, što nameće potrebu za predviđanjima mogućih efekata po uslove konkurencije. Ovu politiku nećemo nazivati regulacijom. Upravo zbog činjenice da se svojim najvećim delom sprovodi *ex post* na tržištima koja funkcionišu, a konkurencija na njima se uglavnom analizira iz ugla oligopolske teorije, a ne iz ugla modela principala i agenta, što je slučaj sa ekonomskom regulacijom.[2] Zaštita konkurencije ponajmanje jeste regulacija, a svakako se treba kloniti mogućnosti da to postane. Ova napomena je usledila, zbog učestale i neadekvatne upotrebe termina „regulacija“ u ovom kontekstu.

Specifičnost ove politike je u tome što ne postoje binarni obrasci odlučivanja o tome kada su uslovi konkurencije narušeni i kada to nije slučaj. Istina o tome često nije faktološki određena, pa samim tim ni crna ni bela, već razlikovanje nijansi sive odlučuje o slučaju koji je predmet analize. Iz tog razloga propisi i njihovo tumačenje su sami po sebi nemoćni da kodifikuju sve moguće modalitete povreda konkurencije i norme na osnovu kojih se te povrede usmeravaju i saniraju. S druge strane, propisi moraju da daju dobru podlogu i okvir za primenu ekonomskog rezona o društvenim koristima i troškovima od zaštite konkurencije. Otuda neophodnost da se sazda „čvrst“ most između prava i ekonomije. Akumulirano iskustvo u vođenju ove politike igra presudnu ulogu u tome.

Sjedinjene Države se smatraju kolevkom moderne politike zaštite konkurencije (antitrustovske politike), sa, danas, bez premca, najrazvijenijim sistemom te vrste. Američki obrasci i stil u vođenju ove politike, makar posredno, ugrađeni su u gotovo sve respektabilne tržišne privrede. Nesumnjivo, kad je reč o kvalitetu kvantitativnih ekonomskih dokaza povreda konkurencije, tela nadležna za zaštitu konkurencije u Sjedinjenim Državama prethodnica su inovacija u ovoj oblasti.

Cilj ovog rada je da prikaže razvoj politike zaštite konkurencije od početne ideje da se ova pravna oblast može u potpunosti kodifikovani putem propisa – do toga da je svaki slučaj specifičan u okviru postojećih pravnih normi, pa doneta presuda može predstavljati precedent i izvor prava za buduće slične slučajeve.[3] Ipak, ispostaviće se da se da

2 O odnosu zaštite konkurencije i regulacije videti u Motta (2004), str. xviii-xix.

3 Barem deklarativno, sistem evropskog (kontinentalnog) prava ne priznaje precedente kao izvor prava. Ipak, usled specifičnosti prava konkurencije, evropski sistem u ovom domenu polako počinje da liči na američki, budući da je iz njega defakto izveden.

je beskonačni kontinuum između potpune kodifikacije i uvažavanja specifičnosti, zapravo prostor u kom se nalazi moderna politika zaštite konkurencije. Pomenuto razlikovanje „nijansi sive“ boje. Utopijskoj težnji ka potpunoj kodifikaciju skloni su „mladi“ sistemi zaštite konkurencije, što je prouzrokovano manjkom akumuliranih iskustava i potrebnih znanja za vođenje ove politike, te otpora poslovnog sveta da razume i prihvati obavezu o potrebi da se konkurencija štiti. Za premošćavanje ovog jaza potrebno je vreme. Američki sistem zaštite konkurencije je neprekidnoj izgradnji već gotovo 130 godina.[4] Ne sugerišemo da mladi sistemi zaštite konkurencije (gde spada i Srbija) moraju čekati vekovima da bi se osposobili, već da bi na iskustvu razvijenih trebalo naći prečicu za savladavanje pomenutog jaza.

Iz tog razloga, u radu će biće prikazane ključne istorijske crte moderne politike zaštite konkurencije koje su oblikovale njen razvoj, pre svega na teritoriji Sjedinjenih Država, sa osvrtima na evropski sistem zaštite konkurencije, gde to bude bilo neophodno. Valja napomenuti da razlike u pravnim sistemima engleskog i kontinentalnog tipa postoje, što se donekle reflektuje i na pravo konkurencije. Ipak, u ovom radu će težište diskusije, pre svega, biti na mogućnostima u vođenju politike zaštite konkurencije da se dokaže da je konkurencija ugrožena, što je neminovno zajednička opsesija svih sistema zaštite konkurencije, bez obzira na to kom tipu pravnih sistema pripadaju.

Povezivanje istorije je nezaobilazno da bi se ukazalo na okolnosti pod kojima se razvijao najrazvijeniji sistem politike zaštite konkurencije. Na taj način se može bolje razumeti šta ovu politiku definiše, koje poslovne aktivnosti su predmet njenog delovanja, koji su mogući načini za njeno sprovođenje i koja se ograničenja javljaju tom prilikom. Osnovni utisak je da se nastanak i razvoj sistema zaštite konkurencije ne može posmatrati zasebno od istorijskog, društveno-ekonomskog i političkog ambijenta koji ga okružuju. U zavisnosti od tipa ambijenta, pre ili kasnije nastajala je potreba za zaštitom konkurencije, definisani su zakoni i formirana stručna tela nadležna za njihovo sprovođenje. U prilog razmatranja razvojne istorije najnaprednijih iz ove ekonomsko-pravne oblasti može se dodati i to da je njihovo iskustvo presudno za razvoj mladih tržišnih privreda, sa malo iskustva u vođenju ove politike.

Videćemo da se svako razdoblje u razvoju američke politike zaštite konkurencije razlikuje prema analitičkom pristupu u rešavanju predmetnih slučajeva (monopolizacije tržišta, kontrole horizontalnih spajanja, kartelskog fiksiranja cena, razmatranja vertikalnih ograničenja i drugo). U neku ruku, razvoj u ovom domenu se može staviti u vezu sa napretkom u primeni analitičkih postupaka za identifikovanje ugrožavanja konkurencije. Pre svega, misli se na pristup stručnih tela (komisija) u rešavanju predmetnih slučajeva – te nivoa upliva ekonomskog rezonovanja u ovu, inicijalno, čisto pravnu oblast.

S jedne strane spektra, nalazi se pristup koji sledi pravila „per se“ ili „pravila zakona“ (*per se* ili *rule of law*), dok se sa druge strane nalazi pristup koji sledi „pravila zasnovana na razumu“ (*rule of reason*). Pravilima *per se* precizno se definiše koje poslovne prakse su same po sebi zabranjene, jer se iskustveno smatra da uvek imaju negativan uticaj na konkurenciju. Ovakvi poslovni poduhvati smatraju se uvek nelegalnim, bez detaljnih razmatranja tržišne moći preduzeća, svrhe njihovog poduhvata i efekata koji odatle proizilaze. S druge strane, pravila zasnovana na razumu bi trebalo da se zasnivaju na rigoroznoj

4 Od Šermanovog zakona (Sherman Antitrust Act) iz 1890. godine.

ekonomskoj analizi svih efekata koji prate slučaj, na osnovu čega se donosi zaključak da li je određena poslovna praksa skladu sa usvojenim „kriterijumom za zaštitu konkurencije“. Ako se ispostavi da jeste takav poduhvat se može smatrati pro-konkurentskim i u skladu sa zakonom, a ako nije smatra se da isti ugrožava konkurenciju te bi ga stoga trebalo zabraniti ili na neki drugi način ograničiti.

Takođe, unutar kontinuuma između pravila *per se* i pravila zasnovanih na razumu moguća su brojna rešenja koja predstavljaju mešavinu ekstremnih opcija, što se može nazvati „pristupom zasnovanim na kontinuumu“ (*continuum-based approach*).

Pored uvoda, ovaj rad je organizovan u četiri zaokružene i međusobno povezane celine. U poglavljima 2 i 3 će biti ukazano na standardna poimanja ekonomista i pravnika povodom mogućih kriterijuma za zaštitu konkurencije i veze sa pravilima odlučivanja o povredama konkurencije – na osnovu kojih se proverava zadovoljenost usvojenog kriterijuma. Poglavlje 4 ima za cilj da pokaže razvojni put američkog sistema zaštite konkurencije ka pristupu zaštite konkurencije zasnovanom na kontinuumu. U Poglavlje 5, u vidu zaključnih razmatranja, biće date implikacije ukupne diskusije za mlade sisteme za zaštitu konkurencije, gde, jedan od takvih, kao što je napomenuto, baštini i Srbija.

2. KRITERIJUM ZAŠTITE KONKURENCIJE

Opšte je prihvaćeno i pravno kodifikovano uverenje u razvijenim sistemima zaštite konkurencije da se za cilj te politike uzima očuvanje agregatnog viška potrošača na relevantnom tržištu.[5] Politika zaštita konkurencije koja kao rezultat ima niže cene i veći kvalitet, ali i raznovrsnost proizvoda, vodi do zadovoljenja ovog cilja. To ukazuje da je usredsređena na problematiku alokativnih i proizvodnih efikasnosti na parcijalnim tržištima na kojima deluje. Ako se očuvanje blagostanja potrošača uzme za cilj, njegov *nivo* neposredno postaje kriterijum za zaštitu konkurencije. Za poslovne aktivnosti za koje se utvrdi da narušavaju blagostanje potrošača, ili će do toga u perspektivi dovesti, smatraju se anti-konkurentskim, pa samim tim i nelegalnim, te mogu biti predmet zabrane ili nametanja nekih drugih vidova ograničenja. U suprotnom, smatraju se pro-konkurentskim i ne zahtevaju primenu posebnih mera.

S obzirom na to da agregatni proizvođačev višak nije u domenu interesovanja komisija kada se isključivo sledi interes potrošača, ispostavlja se da se to odnosi i na dinamičke efikasnosti, koje su dugoročno orijentisane i postižu se inovativnim aktivnostima na strani ponude. Jasno je da je osnov za inovativne aktivnosti upravo proizvođačev višak. Zanemarivanje proizvođačevog viška, pa samim tim i dinamičkih efikasnosti je osnova kritike ovog kriterijuma. Širok spektar ekonomske literature je argumentovano na stanovištu da zanemarivanje proizvođačevog viška prilikom donošenja odluka nije opravdano.[6] U skladu sa tim, sugeriše se kriterijum koji bi razmatrao ukupno blagostanje parcijalnog tržišta, tj. integralno i potrošačev i proizvođačev višak. Njegovom primenom dozvoljeno je prelivanje viškova od potrošača ka proizvođačima, i obrnuto, sve dok takve poslovne aktivnosti preduzeća ne ugrožavaju ukupno blagostanje datog tržišta.

5 Misli se pre svega na sisteme zaštite konkurencije Sjedinjenih Država, ali i Evropske unije na nadnacionalnom nivou.

6 U prilog tome videti: Williamson (1968), Farrell & Shapiro (1990) i Kerber (2009).

Pojedini autori pak, predlagali su rešenja koja bi predstavljala kompromis između prethodno navedenih kriterijuma, a koja bi se bazirala na ponderisanoj sumi blagostanja potrošača i proizvođača.[7] Izborom pondera telo nadležno za zaštitu konkurencije bi dodeljivalo različit značaj dvema grupama tržišnih učesnika, čime bi opredeljivalo svoj stav prema njihovom društvenom značaju. Pored kriterijuma koji se zasnivaju na viškovima, koji su barem teorijski merljive kategorije, kao ciljevi zaštite konkurencije sporadično su se pojavljivali stavovi da bi ciljeve trebalo tražiti u zaštiti malih i srednji preduzeća, zaštiti ekonomskih sloboda, promovisanju tržišnih integracija i drugo.[8]

Kao što je napomenuto u praksi razvijenih sistema zaštite konkurencije je opšte prihvaćen standard koji se zasniva na blagostanju potrošača. Formalno, ako se proceni da poslovna aktivnost dovodi do negativne promene potrošačevog viška na relevantnom tržištu za takvu se smatra da narušava postavljeni kriterijum. Međutim, čak ona najrazvijenije prakse se retko bave proračunom promene potrošačevog viška. Za to je neophodna detaljna specifikacija sistema tražnje na relevantnom tržištu, što se u retkim i uglavnom velikim slučajevima preduzima od strane stručnih tela. U većini slučajeva prikupljaju se indikacije o povredi konkurencije, konsultuje se relevantna ekonomska teorija, a sve sa ciljem da se utvrdi gde se promena potrošačevog viška nalazi u odnosu na nulu. Ponešto od ove logike mora se ugraditi i u propise, da bi se obezbedila pravna predvidivost vođenja ove politike.

Imajući u vidu ustanovljeni kriterijum, neophodno je definisati *pravila* (pristupe) na osnovu kojih je taj kriterijum moguće proveriti. Valja napomenuti da primena pravila neminovno nosi verovatnoću grešaka pogrešne odluke.[9]

3. PRAVILA ZAŠTITE KONKURENCIJE

Kako je napomenuto u uvodu, mogu se pojaviti pravila *per se* i pravila zasnovana na razumu, ali i pomenuti kontinuum između ova dva ekstremna pristupa. Diskusija o ovim pravilima sledi u nastavku. Valja napomenuti da je česta u literaturi iz oblasti prava konkurencije i industrijske organizacije.

3.1. Pravila per se

Sleđenje pravila *per se* tipa je najjednostavnije za primenu. Određene poslovne prakse se apriori zabranjuju nezavisno od toga na kom tržištu se odvijaju i da li doprinose povećanoj efikasnosti preduzeća učesnika. Striktna zabrana kartelskog fiksiranja cena se može smatrati vodećim primerom kad je reč o primeni ovih pravila. Ona su sama po sebi dovoljna, samo je potrebno utvrditi da je došlo do kartelskog dosluha. U *per se* svetu, ekonomska analiza uticaja na blagostanje određene poslovne aktivnosti je izlišna, jer su pravila konkurencije kodifikovana tako da je komisija spreman neposredno da ih primeni. Sve što nije u skladu sa pravilima smatra se zabranjenim. Iako se retko eksplicitno zastupa teza

7 Videti na primer u Besanko & Spulber (1993).

8 Više o tome videti u Motta (2004), str. 22-26.

9 Kasnije u radu vratićemo se problematici grešaka pogrešne odluke i potrebi da se suzi prostor u kom nastaju.

da bi politika zaštite konkurencije trebalo da sledi pravila *per se*, pojedini autori navode i pozitivne strane ovog pristupa.[10] Ukratko, primenom pravila *per se* (1) stabilizuju se očekivanja ekonomskih subjekata, (2) smanjuje se problem potrage za rentom stručnih tela (komisija) i (3) ublažavaju se njihovi problemi u vezi sa nedostatkom neophodnih znanja i iskustva u njihovoj primeni za sprovođenje analiza. Navedene prednosti pravila *per se*, kompatibilne su, pre svega, sa mladim sistemima za zaštitu konkurencije.

Transparentnost u postupanju komisija značajno eliminiše pravnu neizvesnost kod preduzeća pri donošenju poslovnih odluka i stabilizuje očekivanja ekonomskih subjekata, što pozitivno utiče na ekonomsku efikasnost. Preduzeća unapred mogu da procene pod kojim okolnostima će određeni poslovni poduhvat dobiti odobrenje, a samim tim i šta je *per se*, tj. samo po sebi zabranjeno, što omogućava „efekat odvraćanja" preduzeća od aktivnosti za koje se smatra da ugrožavaju konkurenciju. Efekat odvraćanja smatra se bitnom komponentom politike konkurencije. Problem tzv. potrage za rentom komisija, pa i nadležnih sudova, javlja u onim situacijama gde je velika diskreciona moć koncentrisana u njihovim rukama. Nametanjem tvrdih, propisima kodifikovanih pravila može se umanjiti ovaj problem, kroz smanjivanje uticaja interesnih grupa na sprovodioce ove politike. Ovakvim pristupom izbegavaju se složene ekonomske analize, što komisijama i sudovima olakšava posao, štedeći resurse i povećavajući efikasnost u sprovođenju zakona. Logično, komisije koja su manje vične ekonomskom pristupu sprovođenja politike konkurencije, sklonija su primeni pravila *per se*.

Osnovni nedostatak u primeni pravila *per se* je njihov nedefinisan odnos prema povredi konkurencije tj. uticaju koji određena poslovna aktivnost ima na postavljeni kriterijum. Ti uticaji se apriori pretpostavljaju za određene poslovne aktivnosti, nezavisno od specifičnosti konkretnog slučaja. Mora se imati u vidu da je politika zaštite konkurencije ipak mnogo šireg opsega od zabrane kartelskih dogovora o cenama. Na primer, ako se propiše da je posedovanje tržišnih udela iznad 70% samo po sebi akt monopolizacije tržišta, tada bi se svaki rast preduzeća bilo interni ili eksterni kojim bi preduzeće prešlo navedeni procenat mogao smatrati zabranjenim. Ova zabrana bi usledila, čak iako bi bilo dokazivo da bi preduzeće tim rastom povećalo svoju efikasnost, snižavajući troškove i inovirajući svoj proizvod – čime bi doprinelo blagostanju potrošača, ali i ukupnom blagostanju tržišta na kom se nalazi. Doslednom primenom pravila *per se*, dokazi koji bi preduzeća obezbedila o pozitivnim uticajima njihove poslovne prakse na konkurenciju bili bi irelevantni.

Spoznaja da određene poslovne prakse mogu imati kako pozitivan tako i negativan uticaj na uslove konkurencije, što u principu zavisi od okolnosti koje ih prate, napravila je otklon od striktne primene pravila *per se* ka pristupu poznatom kao „pravila zasnovana na razumu". Tu se, na temelju ekonomskog rezonovanja, svaki pojedinačni slučaj zasebno analizira.

3.2. Pravila zasnovana na razumu

Oslanjanje na ova pravila nameće potrebu da se zaključci donose na osnovu detaljnih ekonomskih analiza. Tako se ostavlja mogućnost preduzećima da snose teret dokaza, te da pružajući relevantne informacije dokažu zakonitost svojih aktuelnih ili nameravanih

10 Videti: Christiansen & Kerber (2006) i Black (2005), str. 74-75.

aktivnosti. Dobra strana primene pravila zasnovanih na razumu je ta što omogućava sudovima da deluju fleksibilnije prilikom razmatranja i uvažavanja činjenica koje prate slučaj, uvažavajući ekonomsku realnost i promovišući ekonomsku efikasnost. Prednost ovakvog pristupa je i u tome što obeshrabruje one aktivnosti preduzeća koje su na samoj granici povrede konkurencije, a primena pravila *per se* ih ne sprečava. Po logici, pravila *per se* nastaju na temelju izvedenih zaključaka iz primene pravila zasnovanih na razumu. Otuda, primena pravila zasnovanih na razumu eliminiše troškove formulisanja pravila *per se* i njihovog prilagođavanja novonastalim ekonomskim uslovima, što se takođe može smatrati dobrom stranom ovog pristupa.[11]

Budući da je reč o neretko složenim ekonomskim analizama, najčešći problem sa kojim se suočavaju komisije u sleđenju takvog pristupa je oskudica kadrovskih i stručnih kapaciteta da se za analize tog nivoa složenosti sprovode za veliki broj slučajeva. Iako primena pravila zasnovanih na razumu obezbeđuje detaljan uvid u sve relevantne aspekte uticaja određene poslovne aktivnosti na uslove konkurencije, takve analize je problematično učestalo sprovoditi. Uopšte uzev, to je osnovna slabost ovog pristupa. Očekivano, problem u primeni je posebno izražen kod mladih komisija.

Valja napomenuti da se pod punom primenom pravila zasnovanih na razumu, između ostalog, podrazumevaju: analize i definicije sistema tražnje, što zahteva empirijske ocene i/ili kalibracije cenovnih elastičnosti za izabrani model konkurencije, definisanje relevantnog tržišta, tržišnih udela i tržišne moći preduzeća. Konačno, na osnovu pobrojanih analitičkih postupaka, neophodno je dati procenu povrede elemenata blagostanja koji se uzimaju kao kriterijum za zaštitu konkurencije. Konkretno, smer i intenzitet te promene. Dok je smer promene dovoljan za proveru zadovoljenosti usvojenog kriterijuma, dotle je intenzitet neophodan za utisak o veličini povrede konkurencije, i merama koje je neophodno preduzeti da bi se povreda sanirala.

Primena pravila zasnovanih na razumu, može dovesti nadležne sudove u nezavidan položaj, ukoliko sudije nisu vične da razumeju ekonomsku argumentaciju koju komisije koriste. To je jedan od osnovnih razloga što su sudije iz ove oblasti, kroz istoriju njenog razvoja, uvek gajile naklonost ka pravilima *per se*. Mada, nije redak slučaj u američkoj praksi da su sudije bile ne samo vrsni pravnici, već i vrsni ekonomisti, sposobni da razumeju najrazličitiju ekonomsku argumentaciju u pozadini slučaja.

Jedan od takvih, sudija Ričard Pozner (*Richard Posner*) apostrofira važnost uloge ekspertskih svedočenja u slučajevima koji se moraju rešiti na sudu. On konstatuje da je šum u razumevanju takvih svedočenja od strane sudija i porotnika česta pojava. Takođe, ukazuje se da bi sudije koje rešavaju ovakve slučajeve morale da usvoje ekonomska znanja neophodna za razumevanje logike ekonomskih dokaza, kako se isti ne bi doživljavali kao ezoterija. Ukazuje se i na izražen problem svedočenja na osnovu pristrasnih ekspertskih analiza u korist strane koja ih je angažovala. Pri tome, verovatnoća pristranih svedočenja je veća ako su „nezavisni“ eksperti svesni nemogućnosti sudija da u potpunosti razumeju postupak njihovog dokaza. Ovo posebno dolazi do izražaja kada se u analizi koriste ekonometrijski modeli, gde Pozner konstatuje da je nerealno očekivati od prosečnih sudija da razumeju značajnost koeficijenata koji služe kao dokaz u postupku.[12]

11 O prednostima pravila zasnovanih na razumi videti više u Black (2005), str. 64-70.

12 Više o tome videti u Posner (1999).

Koliko je komplikovano za sudije da razumeju logiku ekonomske argumentacije u oblasti zaštite konkurencije svedoči empirijsko istraživanje prikazano u Baye & Wright (2011), gde se ispituje uticaj obuke sudije na mogućnosti da efikasno rešavaju slučajeve. Ispostavilo se da obuka, koja podrazumeva usvajanje određenih ekonomskih znanja, značajno pospešuje rešavanje jednostavnijih slučajeva, dok su kod kompleksnih, koristi od obuke osetno manje. S obzirom na to da su mogućnosti sudija da se nose sa kompleksnim analizama limitirane, ovo istraživanje ukazuje na potrebu za izraženijom specijalizacijom sudija za pitanja zaštite konkurencije. Primetimo, reč je o posebno aktuelnoj, a ujedno i bolnoj temi kad je reč o srpskim sudovima.

3.3. Pristup zasnovan na kontinuumu

U kontinuumu između dva ekstrema moguća su brojna rešenja, koja bi bila primenjivana zavisno od slučaja koji je predmet analize. Ovakav pristup, koji defakto predstavlja kombinaciju primene pravila *per se* i pravila zasnovanih na razumu – u zavisnosti od okolnosti – kao što je već napomenuto, poznat je kao „pristup zasnovan na kontinuumu“. Shodno Piraino (2007), ovim pristupom ostavlja se mogućnost da se detaljna ekonomska analiza sprovodi u onim slučajevima gde nema jasne i nedvosmislene naznake kakav će biti uticaj tog poslovnog poduhvata na uslove konkurencije na tržištu. Izbor analitičkog pristupa komisije trebalo bi da zavisi od kompleksnosti analiziranog slučaja – te što su uticaji transparentniji to bi trebalo više stremiti pravilima *per se*, a obrnuto u slučajevima složenije i manje transparentne prirode.

Na sličnu logiku u izboru pristupa provere usvojenog kriterijuma za zaštitu konkurencije može se naići i u Christiansen & Kerber (2006). Tu se ukazuju na potrebu za izborom tzv. „optimalno diferenciranog pristupa“, što je zapravo sinonim za „pristup zasnovan na kontinuumu“, pošto se odluka o nivou detaljnosti analize donosi u intervalu između dva ekstrema. Pritom, sugeriše se da se odluka o izboru pozicije u kontinuumu donosi na osnovu ekonomske analize koristi i troškova izabranog modaliteta analize. Polazi se od pretpostavke da što je analiza složenija to su i veći troškovi njenog sprovođenja, pri čemu su manje greške donošenja pogrešne odluke, što redukuje gubitke u blagostanju ako se učini pogreška.[13] Komisijama bi trebalo da bude u interesu da simultano minimiziraju prostore za pravljenje grešaka I i II vrste. Verovatnoće ovih greška su neminovno pozitivne pri sprovođenju politike zaštite konkurencije.[14] Greške I vrste podrazumevaju zabrane i sankcionisanje određenih poslovnih aktivnosti koje su imale ili će tek imati pro-konkurentske efekte, dok suprotno važi za greške II vrste. „Vaganje“ faktora sa suprotnim dejstvom na usvojeni kriterijum za zaštitu konkurencije je ono čime bi stručne službe komisija trebalo da se bave. Ekonomski alati za to su brojni i može se reći komplementarni, pri čemu savršeni ne postoje, kao ni mogućnost da se u potpunosti eliminišu verovatnoće nastanka pomenutih grešaka.

13 U modelu datom u Christiansen & Kerber (2006) izbor optimalne pozicije u kontinuumu je statička odluka koja se donosi u momentu pokretanja analize. U tom smislu optimalni nivo složenosti analize rešava se kao problem statičke optimizacije u tački u kojoj se izjednačavaju granični troškovi dodatnog povećavanja složenosti analize (dodatne diferencijacije pravila) i granične koristi od smanjenja verovatnoće pojavljivanja greška.

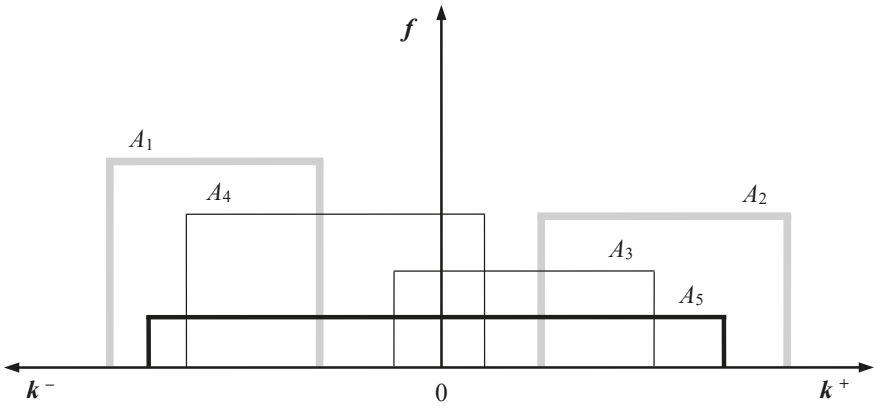
14 Više o greškama I i II vrste i opasnostima koje nose videti u Devlin & Jacobs (2010) i Begović & Pavić (2012), str. 98.

Karakterističan primer pristupa zasnovanog na kontinuumu javlja se pri definisanju tzv. pragova za obavezu prijave koncentracije i „sigurnih luka“ za koncentracije (*safe harbour approach*).[15] Postavljanjem „pragova“ izdvajaju se koncentracije velikog značaja od koncentracija malog značaja. Za pragove se najčešće uzimaju ostvareni prihodi učesnika u koncentraciji. Od obaveze prijave koncentracije izuzimaju se svi slučajevi koji se nalaze ispod definisanog praga, dok se svi ostali uzimaju u razmatranje. Na ovaj način se povećava predvidivost vođenja politike za poslovno okruženje, budući da preduzeća koja su ispod praga mogu da izvrše eksterni rast bez potrebe da za to traže odobrenje. Takođe, povećava se i efikasnost jer se komisija rasterećuje slučajeva minornog značaja, što joj ostavlja prostor za detaljnijim sagledavanjem značajnijih slučajeva. S druge strane, na preduzeća koja prelaze „prag“ može se primeniti koncept „sigurne luke“ koji se zasniva na merilima koncentracije na relevantnom tržištu. Za sva spajanja koja, prema tim merilima, ulaze u sigurnu luku nisu potrebne dalje analize. Kod spajanja koja ne pripadaju sigurnim lukama, pristupa se daljim analizama u cilju prikupljanja dokaza za proveru implicitnog stava – da spajanja izvan sigurnih luka mogu ugroziti uslove konkurencije. Procesu prikupljanja dokaza mogu se priključiti i učesnici koncentracije sa ciljem da dokažu da njihov poslovni poduhvat neće ugroziti uslove konkurencije. Ovakav pristup predstavlja mešavinu striktnih pravila *per se* i fleksibilnih pravila zasnovanih na razumu. Pravila *per se* se uzimaju samo kao indikator mogućih uticaja analizirane koncentracije. Na ovaj način, detaljne ekonomske analize se sprovode u situacijama gde koncentracija prelazi postavljene pragove, i izvan je definisanih sigurnih luka. Svi ostali slučajevi rešavaju se po skraćenom postupku, ili se spajanja obavljaju neposredno, bez potrebe da stručno telo za to dâ odobrenje.

Jednostavnim primerom može se ilustrovati kako se pojedini pristupi provere zadovoljenja usvojenog kriterijuma mogu dovesti u vezu sa različitim poslovnim praksama i verovatnoćama njihovih efekata na konkurenciju. Slično kao u Christiansen & Kerber (2006), Slika 1. prikazuje raspodelu efekata različitih poslovnih aktivnosti na uslove konkurencije. Za razliku od pomenutih autora, koji su kao kriterijum zaštite konkurencije uzeli nivo blagostanja, u ovoj ilustraciji će biti opštije pretpostavljeno da poslovna aktivnost, može imati pozitivan (k^+) i negativan uticaj na konkurenciju (k^-). Stepen i smer uticaja je prikazan na horizontalnoj osi, dok je učestalost slučajeva prikazana na vertikalnoj. Jednostavnosti radi, pretpostavlja se da efekti svake pojedinačne poslovne aktivnosti poseduju uniformnu raspodelu između svoje maksimalne i minimalne vrednosti. Do empirijske funkcije raspodele mogućih efekata na konkurenciju pojedinih poslovnih aktivnosti komisija može doći na osnovu akumuliranog iskustva u rešavanju određenih slučajeva.

15 Logiku funkcionisanja „sigurnih luka“ videti u Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice (2010), Horizontal Merger Guidelines, str. 18-19.

SLIKA 1. RASPODELA EFEKATA NA KONKURENCIJU RAZLIČITIH POSLOVNIH AKTIVNOSTI



Aktivnosti A_1 i A_2 imaju nedvosmislen uticaj na uslove konkurencije pa se primena pravila *per se* može smatrati logičnim izborom, jer se greške I i II vrste ne očekuju. Otuda, nema ni potrebe da se sprovodi detalja analiza. Aktivnost A_1 bi trebalo zabraniti ili ograničiti, dok bi suprotno trebalo postupiti povodom aktivnosti A_2. Aktivnosti tipa A_3 čiji se dominantan deo raspodele nalazi na strani pozitivnih efekata, pri čemu postoji verovatnoća da može imati i negativne efekte, ukazuje na opasnost greške I vrste. U cilju smanjenja prostora da se ova greška načini potrebno je preduzeti dodatne analize, čime se pravi otklon u odnosu na isključivu primenu pravila *per se*. U smislu pristupa zasnovanog na kontinuumu, za aktivnosti tipa A_3 stručno telo bi trebalo da primeni umeren analitički instrumentarijum. Ako bi se nivo detaljnosti analize mogao posmatrati u intervalu (kontinuumu) od potpuno neanalitičkog pristupa *per se* do strogo analitičkih pravila zasnovanih na razumu, „umereno“ bi značilo poziciju koja je ipak bliža neanalitičkom ekstremu. Isti zaključak bi se mogao doneti i za aktivnost A_4, s tom razlikom što je u ovom slučaju potrebno umanjiti prostor za pravljenje greške II vrste. Funkcija raspodele za aktivnost A_5 ukazuje na to da su greške I i II vrste podjednako velika opasnost ukoliko bi se analiza bazirala samo na pristupu *per se*. Očito, u ovakvim slučajevima složenost analitike bi trebalo da teži punoj primeni pravila zasnovanih na razumu.

Razmatranjem kriterijuma zaštite konkurencije i analitičkih pristupa (pravila) da se njihova zadovoljenost proveri formiran je rečnik neophodan da bi se ukazalo na ključne crte razvoja američke politike zaštite konkurencije. To će biti učinjeno upravo iz ugla razvoja ekonomske analitike koja je primenjivana u različitim epohama njenog razvoja.

4. RAZVOJNE EPOHE AMERIČKOG SISTEMA

Početna faza u razvoju američke, a ujedno i svetske politike zaštite konkurencije datira od 1890. do 1914. godine i karakteristična je po sprovođenju pomenutog Šermanovog zakona. Osnovna odredba ovog zakona podrazumevala je zabranu svih ugovora koji ograničavaju trgovinu. Sudovi, koji su u to vreme bili nadležni sa sprovođenje zakona, čiji

rečnik je bio dosta opšti, bili su prinuđeni da usvajaju određene principe kako bi sprovođenje zakona u praksi bilo moguće. Sam zakon nije davao dovoljno uputstava sudijama za sleđenje njegovih odrednica u realnom okruženju.

U skladu sa Šermanovim zakonom 1911. godine gigantska kompanija za proizvodnju i preradu nafte, *Standard Oil*, osuđena je za monopolizaciju tržišta, što se smatra jednim od najznačajnijih slučajeva tog vremena (*US v. Standard Oil Co*). Posedovanje 90% tržišta smatralo se dovoljnim dokazom da preduzeće zloupotrebljava monopolsku moć. Ispostavilo se da je u ovom slučaju po sredi bila predatorska cenovna politika (spuštanje cena ispod nivoa graničnih troškova), sa ciljem da se sa tržišta istisnu rivalska preduzeća.

U duhu engleskog prava ovaj precedent je poslužilo kao putokaz za sve buduće slične slučajeve. Visoki tržišni udeli smatrani su neposrednom manifestacijom posedovanja monopolske moći, ali i namerom da se ista zloupotrebi.

U ovom slučaju sud je barem deklarativno ustanovio pravilo zasnovano na razumu kao metod analize, što gotovo izvesno nije primenjeno. Pre bi se moglo reći da je po sredi bila odluka doneta u duhu pravila *per se*, budući da je isključivo bila motivisana visinom tržišnog udela. Preduzeće je odlukom suda podeljeno na 34 dela uprkos tvrdnjama preduzeća i drugih zainteresovanih strana da će takva odluka imati apokaliptične razmere po tu privrednu granu.

Formiranjem Federalne trgovinske komisije (*Federal Trade Commission – FTC*) 1914. godine očekivano je da će doći do uspona u primeni pravila zasnovanih na razumu, što se u periodu između dva svetska rata nije desilo. Ovaj period karakteriše izrazito zanemarivanje i neaktivnost na ovom polju, što koincidira značajnom usponu državnog intervencionizma prouzrokovanog – prvo, ratnim dešavanjima, a potom i Velikom depresijom. Pitanja zaštite konkurencije su potisnuta u drugi plan. Čvrsto uverenje da ratna organizacija privrede, gde je po sredi bila opšta mobilizacija resursa, može i u uslovima mira doprineti efikasnijem funkcionisanju tržišta, nametnula je tesnu saradnju države i preduzeća i nakon rata. Na ovaj način, pojedina, uglavnom velika preduzeća favorizovana su od strane države, što je u suprotnosti sa osnovnim principima konkurencije. Velika depresija iz 1929. godine dodatno je uticala na smanjeni aktivizam u domenu zaštite konkurencije. U tom periodu, Federalna trgovinska komisija nije imala osetniji značaj kada je reč o sprovođenju zakona. Razlozi za to mogu se potražiti u činjenici da ambijent u kome se pojavilo ovo stručno telo nije bio naklonjen oštroj politici zaštite konkurencije. S druge strane, potrebno joj je bilo vreme da se uhoda, akumulira potrebna znanja i iskustva, pa samim tim i autoritet neophodan za efikasno sprovođenje zakona. Reč je o jednom od osnovnih problema sa kojima se suočavaju sve mlade komisije iz ove oblasti. Problem je tim pre veći, ako u inicijalnom periodu razvoja stručnog tela izostane podrška države, ili ako se država pojavi kao osnovna prepreka za njegovo funkcionisanje, što je karakteristika američkog sistema između dva svetska rata.

U ***periodu od* 1915.** do 1936. godine, kako se navodi u Kovacic & Shapiro (2000), teško se može uočiti uticaj ekonomista i ekonomskih istraživanja na donošenje sudskih odluka. Sudije su uzimale tržišne udele kao meru zloupotrebe tržišne moći, dok su ekonomisti veličali značaj ekonomije obima i njen uticaj na cene i tržišnu strukturu. Pri tome, nijedni ni drugi nisu u dovoljnoj sagledavali značaj konkurencije i esencijalnu vezu ekonomije sa

ovom pravnom oblašću. Blagonaklono gledanje sudija na očito ugrožavanja konkurencije, potpomognuto pasivnom ulogom Federalne trgovinske komisije, omogućili su nesputano delovanje velikih preduzeća na polju uvećanja tržišne moći. To je posebno bilo izraženo kod grana koje su pretrpele najveće gubitke tokom rata i Velike depresije. Period neaktivizma pomenuti autori završavaju 1936. godinom kad je donet Robinson-Patmanov zakon (*Robinson–Patman Act*), kojim se stidljivo budi svest o štetnosti pojedinih aktivnosti velikih preduzeća.

Zbog zanemarivanja uloge zaštite konkurencije, u ovom periodu se ne može jasno identifikovati koji analitički pristup je zaista bio u primeni. Neprisustvo ekonomskih analiza i opšta apatija ekonomista za ovu materiju, onemogućavalo je primenu pravila zasnovanih na razumu u aktuelnom smislu tog naziva, a bilo je i takvih slučajeva kada su ustanovljena pravila *per se* bila zaobilažena od strane sudova. U jednom od najilustrativnijih primera tog vremena 1933. godine (*US v. Appalachian Coals*) sud je dozvolio spajanje 137 nezavisnih proizvođača uglja u Apalačkim planinama u jednu kompaniju, čiji cilj je bio da formiraju „optimalnu“ prodajnu cenu uglja i izvrše alokaciju autputa između preduzeća unutar tako formirane kompanije. Ova dozvola je omogućila konsolidaciju tržišne moći i eliminisanje neposredne konkurencije između velikog broja rudnika, što je bio odgovor na problematične okolnosti u kojima se našla ova grana tokom Velike depresije. To je predstavljalo flagrantno kršenje pravila *per se* o zabrani fiksiranja cena i dokaz da je konkurencije u tom periodu zapravo smatrana inferiornijim rešenjem za alokaciju resursa u odnosu na kartelska dogovaranja.

Konačno, u periodu ***po završetku* II *Svetskog rata*** pa sve do sredine 70-ih godina XX veka načinjen je značajan zaokret na polju zaštite konkurencije. Primetan je postao aktivizam na polju sprovođenja politike zaštite konkurencije u Sjedinjenim Državama. Ovo koincidira sa usponom teorije monopolističke konkurencije, nastale 30-ih godina XX veka, sa kojom je došlo i do većeg interesovanja ekonomista za politiku zaštite konkurencije. Osnovni motiv za pojačanu aktivnost bila je namera da se ograniči zloupotreba tržišne moći od strane velikih preduzeća sa ciljem da se zaštite mala i srednja preduzeća. Postizanje ekonomske efikasnosti bilo je i dalje u drugom planu, a pravila *per se* su postala osnovni obrazac za donošenje odluka. Takva orijentacija prouzrokovala je talas osuda poslovnih praksi uglavnom na bazi izvođenja zaključaka zasnovanih na opisu tržišne strukture, tržišnim udelima i tržišnoj koncentraciji. Efikasnosti i drugi efekti koji mogu rezultirati iz poslovnih poduhvata nisu razmatrani. Strukturalizam je bio u usponu.

Snažan uticaj na oblikovanje ovakvog pristupa imala je grupa ekonomista sa Univerziteta Harvard.[16] Na osnovu zaključaka izvedenih iz određenog broja granskih analiza, koje su sprovedene u ovom periodu, smatralo se da struktura grane, koja je definisana brojem preduzeća i njihovim relativnim udelima, određuje koliko efikasno će firme delovati na tržištu. Pritom, podrazumevalo se da poslovne aktivnosti na tržištima sa većom koncentracijom nose i veću verovatnoću za ugrožavanje konkurencije.[17]

16 Pre ostalih, misli se na Edvarda Čemberlina (Edward Chamberlin), Džoa Bejna (Joe Bain) i Edvarda Mejsona (Edward Mason).

17 Može se smatrati da osnovna inspiracija za ovakva razmišljanja potiče od klasične teorije strukturalizma iz XIX veka i Ogistena Kurnoa (Augustin Cournot), francuskog matematičara i ekonomiste, koji je svojoj knjizi iz 1838. godine postavio temelje oligopolske teorije. Videti Cournot (1897).

U svom punom značenju strukturalistička filozofija se javlja pod nazivom paradigma o lančanoj vezi tržišne strukture, ponašanja preduzeća i performansi tržišta, (*Structure Conduct Performance paradigm*). Zagovornici ove paradigme ukazuju na to da je karakter tržišne strukture izražen brojem i veličinom preduzeća u grani presudan na ponašanje preduzeća tj. njihovu sklonost da povećaju sopstvenu profitabilnost sprovodeći transakcije koje ugrožavaju uslove konkurencije, što u krajnjoj instanci utiče na performanse grane. U tom smislu, period dominacije uticaja sa Harvarda često se u literaturi naziva dobom „strukturalizma" u antitrustovskoj politici.

Pošto je reč o lančanoj reakciji, tržišna struktura (*S*) je ta koja utiče na ponašanje preduzeća (*C*), a ponašanje preduzeća utiče na performanse date grane (*P*). Kao rezultat te očigledne veze, modaliteti ponašanja preduzeća, kao karika u navedenom lancu su nestali, pa je veza uspostavljena neposredno između strukture i performansi. Dakle, *C* je isključeno iz lanca.[18] Na osnovu logičke relacije između strukture i performansi neposredno se donosi zaključak, što je za posledicu imalo *per se* zabrane gotovo svih poslovnih aktivnosti koje su se odvijale ili su nameravane na koncentrisanim tržištima.

Slučaj preduzeća za proizvodnju i preradu aluminijuma, *Alcoa* iz 1945. (*US v. Alcoa*) najbolje ilustruje dominantnu (strukturalističku) orijentaciju tog vremena. Naime, preduzeće je u skladu sa Šermanovim zakonom proglašeno krivim za monopolizaciju tržišta aluminijumskih poluga, pošto je posedovalo 90% tog tržišta. Pri ovako visokom tržišnom udelu svaki čin ekspanzije poslovnih aktivnosti, izgradnjom kapaciteta ili na bilo koji drugi način smatrao se činom monopolizacije, iako to zapravo nije bio. Ispostavilo se da je tržišni udeo ovog preduzeća bio rezultat ostvarenih proizvodnih efikasnosti, koje su zanemarene. Koristeći se prednostima ekonomije obima kroz uvećanje svojih kapaciteta, sa ciljem da izađe u susret rastućoj tržišnoj tražnji, preduzeće *Alcoa* je bilo u stanju da obezbedi kvalitetan i jeftin proizvod za svoje potrošače, što je ključni momenat koji sud nije uzimao u razmatranje.[19] Preduzeće je kažnjeno samo zato što je koristilo prednosti agresivne konkurencije, kroz povećanje sopstvene efikasnosti, nedvosmisleno idući u koristi potrošača, kako kvalitetom proizvoda tako i njegovom cenom. Očigledno, ovakva praksa išla je u korist malim i srednjim preduzećima, a na štetu velikih preduzeća i potrošača.

Od sredine* 70*-ih pa sve do početka 90-ih godina XX veka, smatra se periodom vladavine čikaške škole nad politikom zaštite konkurencije.[20] Ekonomska filozofija potekla sa Univerziteta u Čikagu može se opisati kao neoklasicizam, sa normativnom pozicijom kojom su favorizovani ekonomski liberalizam i slobodna tržišta. Verovanje da svaki ekonomski sistem ima tendenciju da teži efikasnosti u Paretovom smislu – ako nije pod uticajem egzogenih faktora, države, komisija ili sudova – je ključni teorijski stub ove škole. Iz te filozofije proistekle su i najuticajnije kritike izraženog intervencionizma nezavisnih stručnih tela i sudova, kroz striktno sleđenje pravila *per se*. Efikasnost je isticana kao osnov za razmatranje spajanja preduzeća, ali i drugih vidova vertikalnih ograničenja, koji su do tada u najvećem broju slučajeva bili zabranjivani po obrascima *per se* tipa.[21] Neposredna kauzalnost strukturalista između strukture i performansi smatrana je pogrešnom. Podrazumevalo se da težište analiza treba da bude na performansama tržišta i poslovnim

18 Više o ovoj logičkoj vezi videti u Hovenkamp (2010).

19 Videti u Piraino (2007), str. 249.

20 Uticaj čikaške škole prisutan je u ranijim fazama razvoja politike zaštite konkurencije, već od 30-ih godina XX veka, ali bez značajnijih efekata.

21 Videti u Rubinfeld (2008), str. 51.

aktivnostima koje takve performanse prouzrokuju. Konačno, blagostanje potrošača uzeto je za „pravu“ meru tržišnih performansi.

Ipak, valja imati u vidu da je ova škola ekonomskog mišljenja smatrana „konzervativnom“. U Rubinfeld (2008) konstatuje se da nije sasvim jasno šta definiše konzervativno ekonomsko mišljenje kad je zaštita konkurencije u pitanju. Autor pretpostavlja da je konzervativnost pristupa izgrađena na temelju supstancijalne vere u besprekorno funkcionisanje tržišta i nedostatak vere u državni intervencionizam na tržištima koja funkcionišu. To ukazuje da bi zakoni iz oblasti politike zaštite konkurencije trebalo da ističu ekonomske efikasnosti (merene blagostanjem proizvođača i potrošača), a ne interese pojedinih grupa (npr. malih i srednjih preduzeća).

Ovu školu mišljenja predstavili su kako ekonomisti tako i pravnici okupljeni oko Univerziteta u Čikagu smatrajući da postoji izražena potrebe da se napravi pominjani most od prava ka ekonomiji pri vođenju ove politike. Polazeći od toga da svaki slučaj povrede konkurencije poseduje specifičnosti koje ga izdvajaju u odnosu na druge iz iste kategorije, čikaški autori su sugerisali punu primenu pravila zasnovanih na razumu.[22]

Pod uticajem kritika, ali i smanjene globalne konkurentnosti američkih preduzeća, tokom 70-ih godina XX veka primetan je osetni zaokret u pristupu komisija i sudija u korist razmatranja svih efekata koje analizirani slučaj ostvaruje. U tom smislu, u Schmalensee (2008) navodi se da su pokušaji čikaške škole bili usmereni ka pomeranju politike zaštite konkurencije od „analiza zasnovanih na formi“ (*form-based analysis*), što bi odgovaralo tradicionalnom pristupu *per se*, ka „analizama zasnovanim na efektima“ (*effects-based analysis*), što odgovara primeni pravila zasnovanih na razumu. „Pre Čikaga“, ekonomski doprinos analizama oslanjao se na empirijske studije granskih slučajeva. Međutim, sa uključivanjem u razmatranje proizvodnih i dinamičkih efikasnosti, pored alokativnih – deduktivna, po svom karakteru, ekonomska analiza postaje nezaobilazan alat u vođenju politike zaštite konkurencije. Na ovaj način formiran je sistem zaštite konkurencije u kom precedentna rešenja ne mogu u svakoj okolnosti nadvladati zaključke dobijene ekonomskom analizom konkretnog slučaja.

Kao tačka jasnog preokreta u sprovođenju politike zaštite konkurencije navodi se slučaj iz 1977. godine, čiji akter je bilo preduzeće za proizvodnju televizijskih uređaja, *GTE-Sylvania* (*Continental T.V. Inc. v. GTE-Sylvania, Inc*). Sud je bio određen prema primeni pravila zasnovanih na razumu, iako su očekivanja bila sasvim suprotno orijentisana, shodno postojećim precedentnim rešenjima. Zarad unapređenja svoje tržišne pozicije preduzeće je u nameri da privuče uspešnije preprodavce svojih proizvoda ograničilo broj izdatih franšiza po geografskim oblastima, pri čemu je svaka nosila pravo prodaje proizvoda isključivo na datoj teritoriji. Ovakva poslovna praksa može se okarakterisati kao nametanje necenovnog vertikalnog ograničenja – preduzeća *GTE-Sylvania*, maloprodajnim preduzećima, svojim neposrednim kupcima. Preduzeće *Continental*, jedno od vlasnika franšize, pokrenulo je spor protiv svog dobavljača, sa optužbom da se ovakvom praksom krši Šermanov zakon, u delu koji se odnosi na zabranu ugrožavanja slobodne trgovine. Suprotno očekivanjima strane optužbe, sud je zauzeo čvrst stav da se zabrana *per se* ne

22 Najuticajnije predstavnici ove škole, ali i najglasniji kritičari striktnog pristupa per se, zasigurno su sudije i univerzitetski profesori Ričard Pozner i Robert Bork.

može primeniti, već da se odluka mora doneti na osnovu detaljne analize efekata, u duhu pravila zasnovanih na razumu.[23]

Nesumnjivo, u periodu dominacije čikaške škole došlo je do značajnog prodora ekonomskog rezonovanja pri sprovođenju politike zaštite konkurencije. Ovim je ponovo otvoreno pitanje šta bi zapravo trebalo da bude cilj, odnosno kriterijum zaštite konkurencije. Pošto se za meru performansi tržišta uzimalo blagostanje potrošača, zaštita potrošačevog viška na relevantnom tržištu nametnula se kao fundamentalna briga. Tokom 50-ih i 60-ih godina XX veka potrošačev višak se kao kriterijum sporadično pojavljivao u tekstovima čikaških autora, da bi tek od kraja 70-ih godina XX veka, pre svega, kroz tekstove Roberta Borka doživeo punu afirmaciju. Mada, kako se navodi u Schmalensee (2008) nije posve izvesno da li je u izvornim tekstovima vodećih autora reč samo o blagostanju potrošača ili o ukupnom blagostanju (potrošači plus proizvođači), iako izgleda da su stručna tela i sudovi sprovodili ovu politiku sa namerom da zaštite upravo potrošačev višak.

Jedinstvenost kriterijuma, bilo da je reč o blagostanju potrošača ili o ukupnom blagostanju, omogućava konzistentnost i predvidivost ovoj politici, čime se podstiče „efekat odvraćanja“ od poslovnih aktivnosti koje nisu u skladu sa njim. Prema Schmalensee (2008) nametanje jedinstvenog ekonomskog kriterijuma za vođenje ove politike smatra se najznačajnijom zaostavštinom čikaške dominacije u ovoj oblasti.

Do početka 90-ih godina XX veka revolucija u oblasti politike konkurencije, pokrenuta od strane čikaške škole doživela je svoj vrhunac. Kako se navodi u Piraino (2007), kao i u slučaju svih revolucija koje dovode do radikalne revizije prethodnog sistema, problem nastaje kad se sa revizijom pretera. To je dovelo do toga da je primena pravila zasnovanih na razumu, u potpunosti istisnuvši pravila *per se*, učinila sistem zaštite konkurencije isuviše komplikovanim. U takvom ambijentu rezultat pokrenutih postupaka stručnih tela bilo je gotovo nemoguće predvideti. Preveliko oslanjanje na ekonomske analize za svaki pojedinačni slučaj, značajno je opteretilo stručne kapacitete komisija, često dovodeći do nerazumevanja ekonomske argumentacije u pozadini donetih rešenja od strane nadležnih sudija. U ovom periodu, prema Crane (2009), tužilaštvo nije dobilo nijedan pokrenuti postupak pred Vrhovnim sudom, što ilustrativno govori koliko je preovlađujuća doktrina u ovoj oblasti delovala parališuće na pravosudni sistem. Kako se navodi u Piraino (2007) stručna tela su morala da se odvoje od tradicionalne Harvard-Čikago dihotomije ka integrisanom pristupu. Takav pristup bi predstavljao kombinaciju jasnoće i preciznosti pristupa sa Harvarda i sofisticiranosti ekonomske analize – što je karakteristično za čikašku školu. Novo poglavlje politike zaštite konkurencije je bilo zrelo da se otvori.

Poslednju u nizu i aktuelnu fazu razvoja politike zaštite konkurencije, koja datira od početka 90-ih godina XX veka, karakteriše takozvana „post čikaška sinteza“. Pod terminom „sinteza“ podrazumeva se sklonost ka fleksibilnom pristupu analizi koji se nalazi u intervalu između tradicionalnih ekstrema – pravila *per se* i pravila zasnovanih na razumu. Sinteza je najpribližnija pristupu koji je u ovom radu označen kao „pristup zasnovan na kontinuumu“ i defakto podrazumeva kombinaciju najvrednijih elemenata obe uticajne škole. „Post čikaška sinteza“ je ambijent konvergencije dveju škola mišljenja, gde je fundamentalne razlike suvišno tražiti.

23 Više o ovom slučaju videti u Motta (2004), str. 8.

Zapravo sve do kraja 90-ih prelazak na „post čikašku sintezu“ odlikovao se nekonzistentnim pristupom u sprovođenju Šermanovog zakona, jer nije postojala izvesnost kad će koje „pravilo“ biti primenjeno. Prekretnica je nastala sa slučajem koji je Federalna trgovinska komisija vodila protiv „neprofitnog“ udruženja privatnih zubara iz Kalifornije (*California Dental Association v. FTC*) 1999. godine. Svrha udruženja je bila da svojim članovima obezbedi bolji tržišni nastup kroz razne vrste lobija, reklamiranja, odnosa sa javnošću, davanja garancija za finansiranje članova i drugo. Na osnovu pristupa koji nije podrazumevao niti *per se*, a niti pravila zasnovana na razumu, već nešto što je od strane suda okarakterisano kao „skraćeno pravilo zasnovano na razumu“[24] – aktivnosti cenovnog i necenovnog reklamiranja proglašene su nelegalnim. Na osnovu odluke koju je potvrdio nadležni sud ustanovljen je pristup analizi koji sve slučajeve razvrstava unutar kontinuuma u skladu sa najverovatnijim uticajem na potrošače, pa u zavisnosti od zauzete pozicije zavisi i tip i detaljnost analize koja će biti primenjena.[25] U principu, oni slučajevi koji nose veće verovatnoće greške I i II vrste zahtevaće detaljniju analizu od onih slučajeva sa manjim verovatnoćama. Ranije prikazana, Slika 1, predstavlja upravo koncept za ovakvo rezonovanje.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

U prethodnoj diskusiji ukazano je na ulogu ekonomskih analiza u jednoj, barem inicijalno, pravnoj oblasti. U tom smislu, razmotren je trnovit razvojni put politike zaštite konkurencije iz perspektive danas najrazvijenijeg sistema zaštite konkurencije. Cilj diskusije je bio da se uvidi mesto i mogućnosti mladih sistema zaštite konkurencije, koji bi taj put trebalo da pređu, ne bez napora. Ipak, za očekivati je, za nešto kraće vreme. U tom smislu, hronična potreba za ugledanjem na najbolje prakse je svakodnevica razvoja ove politike u svetskim okvirima. Evropski sistem zaštite konkurencije, iako i sam u dovoljnoj meri razvijen, po pravilu barem deset godina kasni za američkim. Razlozi za to su brojni, polazeći od same kompleksnosti uređenja Evropske unije, te preplitanja nacionalnog i nadnacionalnog nivoa u vođenju ove politike, ali i činjenice da se Evropa značajno kraće bavi problematikom zaštite konkurencije u odnosu na Sjedinjene Države. Uopšte uzev, principi na kojima se zasnivaju zakoni EU o zaštiti konkurencije potiču od američkih „antitrustovskih“ zakona. Primera radi, jasna je analogija između pomenutih članova 1. i 2. Šermanovog zakona i članova 85. i 86. Rimskog ugovora iz 1957. godine, kojima su postavljeni osnovni principi sistema zaštite konkurencije na teritoriji tadašnje Evropske ekonomske zajednice.[26] Zabrana kartela kao „suštinskog zla“ kada je konkurencija u pitanju zajednička je crta oba sistema, dok je briga o zloupotrebi dominantnog tržišnog položaja kategorija karakteristična samo za evropski sistem, iako se primetne sličnosti mogu naći sa Članom 2. Šermanovog zakona.[27]

24 Po opisu, ovo pravilo odgovara pristupu zasnovanom na kontinuumu.

25 Videti: Piraino (2007), p. 367.

26 Nakon lisabonske revizije ugovora iz Rima, članovi 85. i 86. su prenumerisani u članove 101. i 102, respektivno. Sadržina im se pritom nije menjala.

27 Slično zabrani zloupotrebe dominantnog položaja, Članom 2. Šermanovog zakona zabranjuje se svaki vid monopolizacije tržišta koji ograničava trgovinu i poslovanje.

Nesumnjivo, paralelno sa svešću da je potrebno razviti analitičke postupke, koji obuhvataju kompleksnu stvarnost, pravila zaključivanja u zaštiti konkurencije se moraju postaviti u skladu sa mogućnostima stručnih tela (komisija) i sudova da ih primene. Puna primena pravila zasnovanih na razumu često nije izvodljiva, što je jedna od osnovnih kritika pomenutog čikaškog pristupa.

Iako je strukturalistički pristup iz 50-ih i 60-ih godina XX veka pretrpeo značajne i opravdane kritike, neki elementi tog pristupa su i danas nezaobilazni. Pomenuto je da je okosnica strukturalizma zasnovana na tržišnim udelima kao osnovnom sredstvu za donošenje odluka, što je posebno tokom čikaške ere ali i nakon tog vremena kritikovano kao pogrešno. Osnovna zamerka, kojom se upotreba udela osporavala, zasnivala se na činjenici da udeli nisu perfektno korelisani sa nivoom tržišne moći, te da se veza ne može tražiti kao između stepeni Celzijusa i Farenhajta, što je tokom strukturalističke ere neretko bio običaj, na osnovu empirijskih „potvrda“ ograničenog broja granskih analiza.

Podvlačimo, visok tržišni udeo ne mora značiti i visoku tržišnu moć, pa ni potencijal za njeno uvećavanje. Ipak, i pored oštrih i argumentovanih kritika, razmatranje udela nikada nije napustilo čak i najrazvijenije prakse, samo je težina dokaza zasnovana na udelima vremenom svedena na odgovarajuću meru.[28] U Baker (2010) se i pored konstatacije da udeli ne mogu biti mera tržišne moći preduzeća navodi se u kojim slučajevima ih je opravdano, a često i jedino moguće koristiti u ekonomskim analizama. Svojim kritičkim tekstom autor nas ne vraća u strukturalističku eru, niti je opravdava, već u duhu aktuelne „post čikaške sinteze“ pokušava da realno sagleda mogućnosti komisija i sudova da sprovedu složene ekonomske analize.

Prethodna razmatranja se čine posebno važnim za mlade sisteme zaštite konkurencije, pa samim tim i mlade komisije sa izraženim problemom da se otisnu iz „logičnog“ sveta strukturalizma. Reč je o stručnim telima bez dovoljno kritičnih ekonomskih znanja i iskustava u njihovoj primeni. Za početak, izgradnja stručnih kapaciteta takvih tela je imperativ.[29] U tom procesu, složenost analiza bi postepeno trebalo povećavati, u meri kojoj se nadležni sudovi, ali i šira poslovna javnost budu navikavali na usvojeni kriterijum zaštite konkurencije i ekonomsku argumentaciju koja stoji iza dokaza o povredi konkurencije. Treba imati u vidu da su nezavisne komisije te koje pokreću ovu politiku i određuju tempo njenog napretka, namećući rečnik i kulturu zaštite konkurencije u nekom društvu, te uvodeći ekonomsku analizu u ovu pravnu oblast.

Jasno je da se u početnom stadijumu, po uvođenju politike zaštite konkurencije, ne može očekivati puna primena pravila zasnovanih na razumu. Realnost bi pre trebalo da bude grupisana na drugom kraju spektra, kako bi se obezbedila neophodna pravna izvesnost za poslovni svet nevičan pravu i kulturi konkurencije. Postepeno, sa jačanjem svesti o prisustvu ove politike, te jačanjem stručnih kapaciteta komisija i sudova, pomeranje ka pravilima zasnovanim na razumu, gde je to neophodno, bila bi očekivana posledica razvoja. To nas ponovo dovodi u „promišljeni“ kontinuum, koji s jedne strane obezbeđuje pravnu izvesnost poslovnim subjektima, štedeći resurse stručnih tela kod slučajeva minornog

28 U Landes & Posner (1981) upotreba udela je prisutna u obrascima za obračun tržišne moći. Ipak, to nije jedini element. U obzir se moraju uzeti cenovne elastičnosti tržišne tražnje ali i rezidualne tražnju sa kojom se suočava preduzeće čiju tržišnu moć je potrebno utvrditi. Od novijih kritika strukturalizma videti npr. Kaplow (2011).

29 Listu ključnih preporuka za jačanje kapaciteta srpske komisije za zaštitu konkurencije i, uopšte uzev, razvoja sistema zaštite konkurencije u Srbiji videti u Ristić & Mijušković (2013).

značaja – a s druge, sužava prostor za pravljenje grešaka I i II vrste kod velikih slučajeva, gde posledice takvih grešaka mogu biti kobne.

6. LITERATURA

Besanko, D. and Spulber, D. F. (1993), "Contested Mergers and Equilibrium Antitrust Policy", *Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 9, No.1, Pp. 1-29.

Black, O. (2005), *Conceptual Foundations of Antitrust*, Cambridge University Press, UK.

Baker, J. B. (2010), "Market Concentration in the Antitrust Analysis of Horizontal Mergers", in Keith Hylton (ed.) (2010), *Antitrust Law and Economics*, 2nd edition, Edward Elgar Publishing Ltd, Cheltenham, UK, Pp. 234-260.

Baye, M. R. and Joshua, W. D. (2011), "Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity and Judicial Training on Appeals", *Journal of Law and Economics*, Vol. 54, No. 1, Pp. 1-24.

Cournot, A. ({1838} 1897), *Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth*, The Macmillan Company, New York.

Christiansen, A. and Kerber, W. (2006), "Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of Per se Rules vs. Rule of Reason", *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 2, No. 2, Pp. 215-244.

Crane, D. A. (2009), "Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago", Benjamin N. Cardozo School of Law Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies, April 2009, Working Paper, No. 259.

Farrell, J. and Shapiro, C. (1990), "Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis", *The American Economic Review*, Vol. 80, No. 1, Pp. 107-126.

Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice (2010), *Horizontal Merger Guidelines*, August.

Hovenkamp, H. J. (2010), "Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis", *The Antitrust Bulletin*, Vol. 55, No. 3, Pp. 613-662.

Kovacic, W. E. and Shapiro, C. (2000), "Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking", *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 14, No 1, Pp. 43-60.

Kerber, W. (2009), "Should Competition Law Promote Efficiency? Some Reflections of an Economist on the Normative Foundations of Competition Law", in Drexl et al. (ed.) (2009), *Economic Theory and Competition Law*, Cheltenham and Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, Pp. 93-120.

Kaplow, L. (2011), "Market Share Thresholds: On the Conflation of Empirical Assessments and Legal Policy Judgments", *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 7, No. 2, Pp. 243-276.

Landes, W. M and Posner, R. A. (1981), "Market Power in Antitrust Cases", *Harvard Law Review*, Vol. 94, No. 5, Pp. 937-996.

Motta, M. (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom.

Posner, R. A. (1999), "The Law and Economics of the Economic Expert Witness", *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 13, No. 2, Pp. 91-99.

Piraino, T. A. Jr. (2007), "Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antirust Approach for the 21st Century", *Indiana Law Journal*, Vol. 82, Iss. 2, Article 4, Pp. 345-410.

Ristić, B. and Mijušković, V. (2013), "Improvements of the Competition Protection Policy in Serbia: Set of Recommendations Based on Experience of Selected Countries", *Ekonomika preduzeća*, Vol 61, No. 3-4, Pp. 183-198.

Rubinfeld, D. L. (2008), "On the Foundations of Antitrust Law and Economics", in Pitofsky (ed.) (2008), *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford University Press, New York, Pp. 51-58.

Schmalensee, R. (2008), "Thoughts on the Chicago Legacy in U.S. Antitrust", in Pitofsky (ed.) (2008), *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford University Press, New York, Pp. 11-23.

Williamson, O. E. (1968), "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs", *The American Economic Review*, Vol. 58, No. 1, Pp. 18-36.