

PROBLEM LAŽNIH SUPSTITUTA KOD DEFINISANJA RELEVANTNOG TRŽIŠTA U PRAVU KONKURENCIJE

Apstrakt

Definisanje relevantnog tržišta je neretko jedno od važnijih pitanja koja se postavljaju u pravu konkurencije. To pitanje se može pojaviti u sve tri glavne oblasti prava konkurencije – zabrani restriktivnih sporazuma i praksi, zabrani zloupotrebe dominantnog položaja na tržištu i kontroli koncentracija na tržištu. U komunitarnom pravu konkurencije najčešće će glavni zaključci u pogledu određivanja granica relevantnog tržišta biti zasnovani na analizi potražnje kroz tzv. test hipotetičkog monopoliste. Međutim, u određenim slučajevima primena ovog testa može biti neadekvatna zbog toga što je preovlađujuća cena na tržištu već podignuta iznad konkurentnog nivoa (najčešće u slučajevima kada na tržištu postoji preduzeće sa značajnom tržišnom moći). U takvim situacijama test hipotetičkog monopoliste može dati pogrešnu sliku o granicama relevantnog tržišta kroz indikovanje prividno visoke zamenljivosti (tj. uzajamne elastičnosti potražnje) posmatranog proizvoda sa proizvodima kojima bi se okrenuli kupci usled malog ali značajnog i trajnijeg povećanja cena (tzv. lažni supstituti). Praktično ovo može rezultovati uključivanjem tzv. lažnih supstituta u relevantno tržište i time njegovim proširivanjem što će generalno umanjivati izgleda za utvrđivanje postojanja dominantnog položaja na takvom tržištu. U ovom radu autor daje kratku analizu

* Autor je advokat u Beogradu, partner u ortačkom advokatskom društvu Karanović & Nikolić.

problema lažnih supstituta kod definisanja relevantnog tržišta u pravu konkurencije, kao i potencijalnih načina na koji se može pristupiti ovom problemu u praksi.

Ključne reči: Pravo konkurencije Evropske unije. - Relevantno tržište. - Analiza potražnje. - Celofanska greška. - Lažni supstituti.

Uvod

Jedno od složenijih pitanja u pravu konkurencije jeste pitanje definisanja granica relevantnog tržišta. Najčešće granice relevantnog tržišta se definišu preko tzv. testa hipotetičkog monopoliste. Međutim, primena ovog testa može biti neadekvatna onda kada se radi o tržištu na kojem je konkurencija već narušena zbog postojanja preduzeća sa značajnom tržišnom moći. U tom slučaju primena testa hipotetičkog monopoliste može biti neprimerena zbog činjenice da je preovlađujuća cena određenog proizvoda već podignuta iznad konkurentnog nivoa, tako da usled te činjenice ovaj test može indikovati prividno visoku zamenljivost (tj. uzajamnu elastičnost potražnje) posmatranog proizvoda sa proizvodima kojima su se okrenuli kupci usled malog ali značajnog i trajnijeg povećanja cena (tzv. lažni supstituti). Paradoksalno, ovo može voditi široj definiciji relevantnog tržišta i time generalno manjim izgledima za utvrđivanje postojanja dominantnog položaja na tržištu.

Predmet ovog rada je problem tzv. lažnih supstituta kod definisanja relevantnog tržišta u pravu konkurencije. U tom kontekstu u ovom radu autor ispituje: 1. značaj relevantnog tržišta u pravu konkurencije, 2. cilj definisanja relevantnog tržišta u pravu konkurencije, 3. metode analize supstitucije potražnje, 4. postupak analize supstitucije potražnje kroz tzv. test hipotetičkog monopoliste, 5. problem lažnih supstituta, i 6. potencijalne pristupe ovom problemu.

Ovaj rad je primarno napisan sa aspekta prava konkurencije Evropske unije. Međutim, na pojedinim mestima autor je pravio i reference na antimonopolsko pravo SAD, kako bi prikazao poreklo pojedinih rešenja u komunitarnom pravu konkurencije ili kako bi ukazao na interesantne i značajne razlike koje postoje između ova dva pravna sistema. Konačno, imajući u vidu da je naše pravo konkurencije gotovo u celosti zasnovano na komunitarnom pravu konkurencije, analiza i zaključci autora u ovom radu mogu svakako biti od značaja i sa aspekta našeg prava.

1. ZNAČAJ RELEVANTNOG TRŽIŠTA U PRAVU KONKURENCIJE

Značaj koji utvrđivanje relevantnog tržišta ima u savremenom pravu konkurencije može se najbolje ilustrovati okolnostima u kojima je neophodno u pravu konkurencije definisati relevantno tržište. Najpre, to može biti neophodno prilikom primene člana 101. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije¹ ("UFEU"), koji se odnosi na zabranu restriktivnih sporazuma i praksi, kada se ocenjuje da li neki sporazum ima efekat znatnijeg ograničavanja konkurencije na tržištu.² Takođe, prema Saopštenju o sporazumima od manjeg značaja³ horizontalni sporazum – između konkurenata – će se generalno smatrati sporazumom od manjeg značaja i neće potpadati pod domašaj člana 101. UFEU (tzv. "de minimis" doktrina) ukoliko je udeo ugovornih strana na relevantnom tržištu manji od 10%. Vertikalni sporazum – između preduzeća koja posluju na tržištima različitih nivoa – će se generalno smatrati sporazumom od manjeg značaja i neće potpadati pod domašaj člana 101. UFEU ukoliko je udeo ugovornih strana na relevantnom tržištu manji od 15%.⁴ Naravno, utvrđivanje udela na relevantnom tržištu pretpostavlja prethodno definisanje tog tržišta. Pored navedenog, potreba za definisanjem relevantnog tržišta može se pojaviti i u drugim slučajevima povezanim sa primenom člana 101. UFEU.⁵

Takođe, primena Uredbe o kontroli koncentracija⁶ zahteva utvrđivanje relevantnog tržišta pre donošenja odluke o (ne)odobravanju određene

¹ The Treaty on the Functioning of the European Union, OJ 2010 C 83/47, 30.3.2010.

² Za primer videti presudu Evropskog suda pravde u slučaju br. S-234/89 *Delimitis v Henninger Braeu*, paragraf 16.

³ European Commission's Notice on Agreements of Minor Importance, OJ 2001 S 368/13, 2002 4 CMLR 699, paragraf 7.

⁴ *Ibid.*

⁵ Za primer videti pragove udela na tržištu predviđene u Saopštenju Komisije o primeni člana 81(1) na horizontalne ugovore o saradnji (European Commission's Guidelines on application of Article 81(1) to horizontal cooperation agreements, OJ 2001/C 3/02); Takođe, slični pragovi tržišnih udela predviđeni su u brojnim grupnim izuzećima (eng. *block exemptions*) po članu 101(3) UFEU. Za primere videti: Uredbu 2790/99 o vertikalnim sporazumima (Regulation 2790/99 on vertical agreements, OJ 1999 L 336), Uredbu 2658/2000 o sporazumima o specijalizaciji (Regulation 2658/2000 on specialization agreements, OJ 2000 L 304/3), Uredbu 2659/2000 o sporazumima o istraživanju i razvoju (Regulation 2659/2000 on research and development agreements, OJ 2000 L 304/7).

⁶ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), OJ L 24/1, 29. 1. 2004.

koncentracije. Prema ovoj Uredbi koncentracija koja bi mogla "značajnije da ograniči efektivnu konkurenciju na zajedničkom tržištu ili na njegovom značajnom delu, naročito usled stvaranja ili jačanja dominantnog položaja na tržištu" se smatra nespojivom sa zajedničkim tržištem.⁷ Stoga, u svakom pojedinačnom slučaju neophodno je utvrditi relevantno tržište kako bi se ustanovilo da li bi prijavljena koncentracija mogla da dovede do stvaranja ili jačanja dominantnog položaja na relevantnim tržištima ili da na drugi način značajnije ograniči efektivnu konkurenciju na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom delu.

Konačno, prema preovlađujućem shvatanju u pravnoj teoriji i praksi definisanje relevantnog tržišta je i preduslov za utvrđivanje zloupotrebe dominantnog položaja (regulisane u članu 102. UFEU). U osnovi, utvrđivanje zloupotrebe dominantnog položaja je uslovljeno pozitivnim odgovorom na dva pitanja. Prvo, da li posmatrano preduzeće ima dominantan položaj na relevantnom tržištu. Drugo, da li je ono takav položaj zloupotrebilo. Prema preovlađujućoj praksi Evropske Komisije ("*Komisija*") i komunitarnih sudova, odgovor na prvo pitanje pretpostavlja da je prethodno utvrđeno relevantno tržište u konkretnom slučaju. Ovakvo shvatanje lepo ilustruje jedan navod iz presude u slučaju *Volkswagen AG v. Commission*,⁸ koji ujedno objašnjava i razliku u potrebi definisanja relevantnog tržišta u postupcima po članovima 101. i 102. UFEU:

"U pogledu obaveze Komisije da definiše relevantno tržište pre nego što utvrdi povredu komunitarnih propisa o zaštiti konkurencije sud ukazuje da se pristup u definisanju relevantnog tržišta razlikuje u zavisnosti od toga da li treba primeniti član [101. ili član 102. UFEU]. Za potrebe člana [102. UFEU] pravilno definisanje relevantnog tržišta je neophodni preduslov za presudu povodom navodnog nekonkurentnog ponašanja, sa obzirom da je pre nego što se utvrdi zloupotreba dominantnog položaja potrebno ustanoviti postojanje dominantnog položaja na određenom tržištu, što pretpostavlja da je takvo tržište već definisano. S druge strane, za potrebe primene člana [101. UFEU] razlog za utvrđivanje relevantnog tržišta, ako je to uopšte potrebno, jeste da se ustanovi da li je određeni sporazum, odluka udruženja preduzeća ili usaglašena restriktivna praksa

⁷ Uredba o kontroli koncentracija, čl. 2 st. 3.

⁸ Presuda Prvostepenog suda u slučaju br. T-62/98 *Volkswagen AG v. Commission*. U postupku po žalbi pred Evropskim sudom pravde ovo pitanje nije bilo predmet posebnog razmatranja. Videti slučaj br. S-338/00 *Volkswagen AG v. Commission*.

podesna da utiče na trgovinu između država članica i ima li kao svoj cilj ili posledicu sprečavanje, ograničavanje ili poremećaj konkurencije na zajedničkom tržištu.⁹

Interesantno je napomenuti da ovakvo shvatanje preovlađuje i u antimonopolskom pravu SAD, gde prema praksi Vrhovnog suda SAD utvrđivanje postojanja monopolizacije tržišta (ili njenog pokušaja) pretpostavlja definisanje relevantnog tržišta (u proizvodnoj i geografskoj dimenziji) i utvrđivanja tržišne moći određenog preduzeća na tom tržištu, jer bez definisanja relevantnog tržišta ne postoji način da se utvrdi sposobnost određenog preduzeća da ograniči ili uništi konkurenciju na tržištu.¹⁰

Na praktičnom nivou, širina utvrđenog relevantnog tržišta može igrati presudnu ulogu u ishodu postupka pokrenutog povodom navodne povrede propisa o zaštiti konkurencije. Tako u postupcima zbog zloupotrebe dominantnog položaja preduzeća često vide definisanje relevantnog tržišta kao prvu liniju odbrane od optužbi da su zloupotrebili dominantan položaj. Što šire relevantno tržište bude definisano, manje su šanse da posmatrano preduzeće ima dominantan položaj na njemu. I obrnuto, uže relevantno tržište povećava šanse za postojanje dominacije posmatranog preduzeća.¹¹ Ipak, to ne znači da će stranke u postupcima po propisima o zaštiti konkurencije uvek želeći što je širu moguću definiciju relevantnog tržišta. U postupcima povodom koncentracija široka definicija relevantnog tržišta bi lako mogla značiti da postoji horizontalno preklapanje između tržišta na kome posluju zainteresovana preduzeća, sa posledicom da bi sprovođenje koncentracije moglo voditi stvaranju ili jačanju njihovog dominantnog položaja na tom zajedničkom tržištu. Stoga, za razliku od slučajeva kada se preduzećima stavlja na teret zloupotreba dominantnog položaja, u postupcima povodom koncentracija za očekivati je da preduzeća po pravilu preferiraju užu definiciju tržišta, koja bi otklonila pomenuti rizik.¹²

⁹ *Ibid.*, paragraf 230.

¹⁰ Vidi presude u slučajevima: *Spectrum Sports Inc. v. McQuillan*, 506 US 447, 459 (1993); *United States v. Grinnell Corporation*, 384 US 563, 571 (1966); *Walker Process Equipment Inc. v. Food Machinery and Chemical Corporation*, 382. US 172, 177 (1965).

¹¹ Vidi Whish, *Competition Law*, London, Butterworths, 2003, str. 29.

¹² *Ibid.*

2. CILJ DEFINISANJA RELEVANTNOG TRŽIŠTA

Cilj definisanja i utvrđivanja relevantnog tržišta lepo je objašnjen u paragrafu 2. Komisijnog Saopštenja o relevantnom tržištu¹³:

"Definisanje tržišta je sredstvo za identifikovanje i utvrđivanje granica konkurencije između preduzeća. Ono služi da ustanovi okvir u kome Komisija primenjuje politiku zaštite konkurencije. Glavni cilj definisanja tržišta je da se identifikuju na sistematski način obuzdavajući efekti konkurencije kojima je određeno preduzeće izloženo. Cilj utvrđivanja tržišta u njegovoj proizvodnoj i geografskoj dimenziji jeste da se identifikuju stvarni konkurenti preduzeća koji su u stanju da obuzdaju njegovo ponašanje na tržištu i da ga spreče da se ponaša nezavisno od efektivnih pritisaka konkurencije."

Iz ovog pasusa proizilazi nekoliko važnih stvari koje objašnjavaju značaj utvrđivanja relevantnog tržišta u pravu konkurencije. Prvo, utvrđivanje relevantnog tržišta omogućava definisanje arene u kojoj se odvija tržišna utakmica i u kojoj Komisija treba da obezbedi poštovanje propisa o zaštiti konkurencije. Drugo, definisanje relevantnog tržišta nije cilj samo po sebi. Kao što Saopštenje navodi, relevantno tržište je samo *sredstvo* koje treba da omogući ostvarivanje krajnjeg cilja – efikasnu primenu politike zaštite konkurencije. Treće, Saopštenje jasno definiše cilj utvrđivanja relevantnog tržišta u pravu konkurencije, koje razlikuje ovo tržište od drugih vrsta tržišta (npr. ekonomskog i strateškog tržišta) – sistematsko utvrđivanje obuzdavajućih efekata konkurencije kojima je određeno preduzeće izloženo na tržištu. Četvrto, Saopštenje nedvosmisleno ukazuje da postoje dve najvažnije dimenzije relevantnog tržišta – proizvodna i geografska – i da se obe moraju istražiti prilikom definisanja relevantnog tržišta u svakom pojedinačnom slučaju. Peto, iz citiranog navoda jasno proizilazi da je cilj utvrđivanja relevantnog tržišta da se identifikuju *stvarni konkurenti* preduzeća koji su u stanju da obuzdaju njegovo ponašanje na tržištu i da ga spreče da se ponaša nezavisno od efektivnih pritisaka konkurencije. Dakle, bitni su stvarni, tj. aktuelni konkurenti preduzeća dok potencijalna konkurencija, koja svakako može uticati na tržišnu moć određenog preduzeća, nije element koji se uzima u obzir prilikom definisanja relevantnog tržišta.¹⁴ I konačno,

¹³ Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ 97/C 372/03, 9.12.1997.

¹⁴ Potencijalna konkurencija može biti od značajnog uticaja u kasnijoj fazi postupka prilikom ocene tržišne moći određenog preduzeća. Vidi Whish, *op. cit.*, str. 26.

relevantno tržište nam pruža okvir u kome možemo utvrditi udeo koji na tržištu zauzima određeno preduzeće.

U postupku utvrđivanja relevantnog tržišta postoje dva pitanja koja su od suštinske važnosti. Prvo, u kojoj meri je kupac posmatranog proizvoda (bilo da je u pitanju krajnji potrošač, uvoznik, trgovac ili preduzeće koje posluje na nizvodnom tržištu) u stanju da nabavi slične proizvode, odnosno proizvode koji bi mu bili prihvatljivi kao supstituti posmatranog proizvoda? Ovo je u teoriji poznato kao *supstitucija potražnje*.¹⁵ Drugo, u kojoj meri su druga preduzeća na tom ili susednim tržištima u stanju da proizvode i snabdevaju tržište sa proizvodima koji su u očima kupaca dobri supstituti posmatranog proizvoda. Ovo se u teoriji naziva *supstitucija ponude*.¹⁶ Pored toga, ponekad može biti potrebno utvrditi i značaj tzv. potencijalne konkurencije, koja bi pod određenim uslovima mogla da se realizuje na tržištu.

Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu izričito navodi supstituciju potražnje, supstituciju ponude i potencijalnu konkurenciju kao tri glavna obuzdavajuća efekta konkurencije (*competitive constraints*) na tržištu.¹⁷ Naravno, sa praktičnog aspekta nisu sva tri obuzdavajuća efekta konkurencije od istog značaja prilikom definisanja relevantnog tržišta. Supstitucija potražnje nameće najneposrednije i najefikasnije disciplinujuće efekte na prodavce određenog proizvoda, naročito kada je u pitanju određivanje cena. Po logici stvari, preduzeće ne može imati odlučujući uticaj na uslove trgovine na tržištu, poput utvrđivanja cena, ako su kupci njegovih proizvoda u poziciji da se lako okrenu drugim proizvodima na tržištu koji su dobri supstituti tom proizvodu (ili pak drugim prodavcima tog ili sličnog proizvoda koji se nalaze u drugim područjima).¹⁸ Sa druge strane, obuzdavajući efekti konkurencije koji proizilaze iz supstitucije ponude i potencijalne konkurencije su manje direktni i po pravilu zahtevaju analizu i dodatnih činjenica. Stoga, ovi efekti se češće uzimaju u obzir tek u kasnijoj fazi analize kada se utvrđuje tržišna moć posmatranog preduzeća, tj. njegova

¹⁵ Steiner & Woods, *Textbook on EC Law*, Oxford University Press, 2003, str. 438.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Vidi Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu, paragraf 13.

¹⁸ *Ibid.*

potencijalna dominacija na tržištu. Izuzetno, supstitucija ponude se katkad može uzeti u obzir i prilikom utvrđivanja relevantnog tržišta.¹⁹

3. METODI ANALIZE SUPSTITUCIJE POTRAŽNJE

Sa aspekta mikroekonomske analize, mera u kojoj je jedno preduzeće u stanju da iskoristi svoju tržišnu moć radi maksimiziranja profita zavisi od elastičnosti potražnje sa kojom je ono suočeno. Ukoliko je kriva potražnje relativno neelastična - odnosno ako su kupci tog proizvoda spremni da ga kupuju i po većoj ceni od konkurentne usled nedostataka odgovarajućih supstituta na tržištu - preduzeće može sebi priuštiti da poveća cene bez da izgubi značajniji broj prodaja. Tada bi ono ostvarilo veće prihode - usled povećanja cena - dok se ne bi izložilo značajnijim gubicima usled gubitka prodaja. Sa druge strane, ukoliko je kriva potražnje elastična - tj. ako kupci imaju mogućnost izbora dobrih supstituta kojima se mogu lako okrenuti u slučaju povećanja cena proizvoda - preduzeće bi se povećanjem cena izložilo znatnijem gubitku prodaja svog proizvoda. Tada bi izgubljena dobit usled smanjenog broja prodaja nadmašila uvećane prihode usled povećanja cena, budući da bi u tom slučaju svako povećanje cena uzrokovalo značajan gubitak prodaja.²⁰ Naravno, ista logika bi se primenjivala i kada bi preduzeće pokušalo da na neki drugi način (zlo)upotrebi svoju tržišnu moć radi uvećanja profita (npr. ograničavanje proizvodnje koje bi trebalo da vodi povećanju cena usled uticaja na odnos ponude i potražnje na tržištu, ili uštede u troškovima proizvodnje koje bi se negativno odrazile na kvalitet ili bezbednost proizvoda, itd). U tom smislu analiza potražnje predstavlja

¹⁹ Vidi Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu, paragrafi 20-3. Ovde je interesantno napomenuti jednu značajnu razliku između američkog antimonopolskog prava i komunitarnog prava konkurencije. U američkom pravu se prilikom definisanja relevantnog tržišta uzima u obzir samo tzv. supstitucija potražnje, dok se supstitucija ponude i potencijalna konkurencija uzimaju u obzir samo prilikom ocene tržišne moći određenog preduzeća. Sa druge strane, u komunitarnom pravu konkurencije i praksi komunitarnih sudova se ponekad i supstitucija ponude može uzeti u obzir prilikom utvrđivanja relevantnog tržišta. Vidi Werden, *Market Delineation under the Merger Guidelines: A Tenth Anniversary Retrospective*, 38 *Antitrust Bulletin* 517 (1993), str. 524-7. Takođe vidi Whish, *op. cit.*, str. 32. Za primer prakse komunitarnih sudova gde se uzima u obzir supstitucija ponude prilikom definisanja relevantnog tržišta videti presudu Evropskog suda pravde u slučaju *Continental Can v. Commission*, poslednja rečenica u paragrafu 33.

²⁰ Vidi Nevo-Ilan, *Definition of Relevant Market: (lack of) Harmony between Industrial Economics and Competition Law*, str. 121. Vidi takođe Baker & Bresnahan, *Empirical Methods of Identifying and Measuring Market Power*, 61 *Antitrust Law Journal* 3, 10 (1992).

veoma važno sredstvo u ispitivanju granica određenog tržišta za potrebe prava konkurencije jer ona omogućava da se kroz analizu elastičnosti potražnje izoluje relevantno tržište koje bi bilo vredno monopolisanja – tj. na kome bi hipotetički monopolista mogao sebi da priušti da poveća cene svog proizvoda bez da izgubi značajniji broj prodaja.

Ispitivanje supstitucije potražnje služi upravo ovom cilju: utvrđivanju kruga proizvoda koje kupci vide kao dobre međusobne supstitute.²¹ U teoriji se ističe da supstitucija potražnje nameće najneposrednije i najefikasnije disciplinujuće efekte na prodavce određenog proizvoda, naročito kada je u pitanju određivanje cena jer preduzeće ne može imati odlučujući uticaj na uslove trgovine na tržištu, poput utvrđivanja cena, ako su kupci njegovih proizvoda u poziciji da se lako okrenu drugim proizvodima na tržištu koji su dobri supstituti tom proizvodu.²² Tako, na primer, proizvođač žvakaćih guma marke A ne bi mogao profitabilno da poveća cenu svog proizvoda ukoliko na tržištu postoje i žvakaće gume marke B koje potrošači žvakaćih guma vide kao dobar supstitut žvakaćim gumama marke A. Svako osetnije povećanje cena žvakaćih guma marke A bi očekivano vodilo tome da se potrošači okrenu žvakaćim gumama marke B, naravno pod uslovom da njihova cena ostane nepromenjena. U rezultatu bi vrednost izgubljenih prodaja žvakaćih guma marke A bila veća od povećanih prihoda usled rasta njihove cene, i tako bi povećanje cena bilo neprofitabilno usled postojanja efektivne konkurencije na tržištu. Međutim, ako bi preduzeće iz ovog primera istovremeno kontrolisalo proizvodnju obe vrste žvakaćih guma, onda bi ono – pod uslovom da na tržištu ne postoji žvakaća guma marke V koju bi proizvodilo neko drugo preduzeće – bilo u stanju da profitabilno poveća cene svojih proizvoda s obzirom da potrošači žvakaćih guma ne bi imali odgovarajuće zamene, tj. supstitute na tržištu kojima bi se mogli okrenuti usled povećanja cena.²³ Tada bi tržište žvakaćih guma marke A i B

²¹ Vidi Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu, paragraf 15.

²² Whish, *op. cit.*, str. 29. Takođe vidi Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu, paragraf 13.

²³ Ovakav primer se zasniva na premisi da je u pitanju "razumno" povećanje cena, kako je to naveo Vrhovni sud SAD u presudi u slučaju *Times-Picayune*. Videti presudu Vrhovnog suda SAD u slučaju *Times-Picayune v. United States*, 345 US 594 (1953). Nasuprot tome, "nerazumno" povećanje cena bi moglo uzrokovati da se potrošači okrenu neadekvatnim supstitutima koji zapravo ne predstavljaju dobru alternativu posmatranim proizvodima. U navedenom primeru takvo "nerazumno" povećanje cena bi moglo voditi tome da se potrošači žvakaćih guma okrenu bombonama, čokoladicama, pa možda čak i cigaretama.

bilo relevantno tržište za potrebe prava konkurencije koje bi bilo vredno monopolisanja.²⁴

4. POSTUPAK ANALIZE SUPSTITUCIJE POTRAŽNJE: "TEST PRETPOSTAVLJENOG MONOPOLISTE"

Postupak utvrđivanja relevantnog tržišta proizvoda započinje sa analizom supstitucije na strani potražnje. Tržište do koga se dođe kroz ovaj postupak može se potom dodatno proširiti kroz postupak analize supstitucije na strani ponude, naravno pod uslovom da postoje okolnosti koje bi opravdale takvo postupanje. Cilj postupka analize supstitucije potražnje jeste da se utvrdi krug proizvoda koje potrošači smatraju međusobno zamenljivim (tj. međusobnim supstitutima) i koji bi usled te okolnosti predstavljali zasebno tržište proizvoda za potrebe prava konkurencije.²⁵ U skladu sa tim ciljem, centralni problem koji se javlja kod analize supstitucije potražnje jeste kako da se identifikuje takav krug proizvoda, tj. kako da se izoluju efekti zamenljivosti koji se mogu javljati između dva ili više proizvoda. Okvir za ovakvu analizu pruža Komisijino Saopštenje o relevantnom tržištu, koje u središte analize postavlja tzv. *test pretpostavljenog monopoliste* (*hypothetical monopolist test*) koji se u teoriji još označava i kao SSNIP test (*Small but Significant Non-transitory Increase in Price*), odnosno *test malog ali značajnog i trajnijeg povećanja cene*.²⁶ Ovaj test je razvijen i prvi put zakonski regulisan u antimonopolskom pravu SAD, gde i danas služi kao osnovni metod za definisanje relevantnog tržišta u postupcima za ocenu potencijalnih restriktivnih efekata horizontalnih koncentracija.²⁷ U našem pravu ovaj test je bio izričito predviđen u ranije važećoj Uredbi o kriterijumima za utvrđivanje relevantnog tržišta²⁸, ali nije više (izričito) predviđen u istoimenoj uredbi koja

²⁴ Ova linija rezonovanja je u suštini osnova za tzv. *test hipotetičkog monopoliste*, koji služi kao jedan od osnovnih instrumenata za definisanje relevantnog tržišta u pravu konkurencije.

²⁵ Vidi Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu, paragraf 15.

²⁶ *Ibid.*, paragrafi 16-7. Takođe vidi Whish, *op. cit.*, str. 30.

²⁷ Vidi paragraf 1.1 američkih Smernica za horizontalne koncentracije (*Horizontal Merger Guidelines*), izdate 1992. godine sa izmenama iz 1997. godine. Dostupno na internet adresi http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/lmg1.html.

²⁸ Službeni glasnik Republike Srbije br. 94/2005. Videti članove 2. i 3. ove Uredbe, koja je prestala da važi 10. novembra 2009. godine kada je nova Uredba o kriterijumima za utvrđivanje relevantnog tržišta (Sl. gl. RS br. 89/2009) počela da se primenjuje.

je trenutno na snazi.²⁹ Međutim, u komunitarnom pravu konkurencije, ovaj test se primenjuje ne samo za potrebe ocene koncentracija već i na druga dva oblika restriktivnih ponašanja - restriktivne sporazume i prakse, odnosno zloupotrebu dominantnog položaja na tržištu. U osnovi testa hipotetičkog monopoliste nalazi se pitanje da li bi se kupci, u slučaju kada bi prodavac određenog proizvoda učinio malo ali značajno i trajnije povećanje cena tog proizvoda, okrenuli kupovini drugog proizvoda u toj meri da takvo povećanje cena učine neprofitabilnim? Ako bi odgovor na to pitanje bio pozitivan onda bi ta dva proizvoda predstavljala zamenljive proizvode i pripadali bi istom tržištu proizvoda za potrebe prava konkurencije. U Smernicama za horizontalne koncentracije SAD ovo je izraženo na sledeći način:

"... Agencija će utvrditi tržište proizvoda kao proizvod ili grupu proizvoda, tako da bi hipotetičko preduzeće koje teži maksimiziranju profita i koje je jedini sadašnji i budući prodavac tih proizvoda ("monopolista") verovatno učinio malo ali značajno i trajnije povećanje cene. Pretpostavljajući da bi kupci verovatno reagovali na povećanje cena te grupe proizvoda okretanjem drugim proizvodima, šta bi se dogodilo? Ako su alternative u zbiru dovoljno privlačne kupcima pod tekućim uslovima prodaje, pokušaj podizanja cena bi rezultirao smanjenjem broja prodaja koje bi učinilo povećanje cena neprofitabilnim, a utvrđena grupa proizvoda bi se pokazala kao isuviše uska."³⁰

Slično citiranom paragrafu iz američkih Smernica za horizontalne koncentracije, Komisijino Saopštenje o relevantnom tržištu predviđa da se postupak utvrđivanja relevantnog tržišta sprovodi u dva odvojena, ali ipak povezana koraka. U prvom koraku, Komisija na osnovu preliminarnih informacija koje su joj na raspolaganju ili koje je dostavilo zainteresovano preduzeće formuliše jedno široko potencijalno relevantno tržište, u okviru koga treba ispitati koncentraciju ili drugo ograničenje konkurencije. U ovoj fazi postupka Komisija zapravo, imajući u vidu karakteristike proizvoda i njegovu namenu, sužava polje svoje istrage ograničavajući se na jedan određeni broj supstituta posmatranog proizvoda, čija će uzajamna elastičnost sa posmatranim proizvodom biti testirana u drugom koraku kroz primenu

²⁹ Vidi Uredbu o kriterijumima za utvrđivanje relevantnog tržišta, Sl. gl. Republike Srbije br. 89/2009.

³⁰ Paragraf 1.11 američkih Smernica za horizontalne koncentracije.

testa hipotetičkog monopoliste.³¹ Pritom, Saopštenje izričito navodi da iako karakteristike proizvoda i njegova namena mogu da pruže okvirnu predstavu u pogledu njegovih potencijalnih supstituta, oni nisu dovoljni da sami po sebi dokažu zamenljivost dva proizvoda.³² Ovo iz razloga što reagovanje kupaca na promene u ceni određenog proizvoda može biti uslovljeno i drugim faktorima. Tako, na primer, kada su u pitanju rezervni delovi za automobile – recimo volan ili menjač – iako su najčešće veoma slični po svojim fizičkim karakteristikama i identični po nameni bez obzira na njihovog proizvođača, teško da se može uzeti da su svi volani ili menjači na istom tržištu, jer je njihova upotreba uslovljena kompatibilnošću sa glavnim proizvodom (tj. automobilom) kojem služe.³³

Nakon što je identifikovan inicijalni krug potencijalnih supstituta posmatranog proizvoda na osnovu fizičkih karakteristika proizvoda i njihove namene, prelazi se u drugu fazu postupka utvrđivanja relevantnog tržišta proizvoda. U ovoj fazi ispituje se uzajamna elastičnost potražnje posmatranog proizvoda sa identifikovanim potencijalnim supstitutima kroz primenu tzv. testa hipotetičkog monopoliste. U suštini ovog testa je ispitivanje kako bi kupci posmatranog proizvoda reagovali na malo ali značajno i trajnije povećanje njegove cene. Da li bi oni uprkos takvom povećanju cene ostali verni kupovini tog proizvoda ili bi se okrenuli njegovim supstitutima na tržištu? Drugim rečima, predmet ispitivanja je intenzitet supstitucije

³¹ Videti Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu, paragrafi 26 i 36.

³² Ovo je posebno interesantno s obzirom da u praksi Evropskog suda pravde postoje presude u kojima se nalaz o (ne)zamenljivosti proizvoda značajno zasnivao na fizičkim karakteristikama proizvoda i njegovoj nameni. To je bilo, na primer, u slučaju *United Brands* u kome je Evropski sud pravde – pravdajući svoj nalaz da banane nisu na istom tržištu proizvoda sa ostalim voćem – između ostalog naveo da banane imaju posebne karakteristike koje ih diferenciraju od drugog voća (izgled, ukus, mekoća, nedostatak semenki, itd.) i koje ih čine samo u ograničenom obimu zamenljivim sa drugim voćem. Vidi presudu Evropskog suda pravde u slučaju br. 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission*, paragraf 31.

³³ Drugim rečima, teško je zamislivo da bi povećanje cene rezervnih menjača za mercedes moglo navesti vozače mercedesa kojima je potreban novi menjač da se okrenu rezervnim menjačima koje proizvodi neki drugi proizvođač, na primer, fiat. Posmatrano sa aspekta obuzdavajućih efekata konkurencije, malo je verovatno da bi rezervni menjači koje proizvode drugi proizvođači automobila (tj. njihovi kooperanti) predstavljali u datom primeru značajnu prepreku mercedesu da poveća cenu svojih rezervnih menjača. Ovakve okolnosti mogu voditi do veoma uskih definicija tržišta rezervnih delova. Za primer vidi presudu Evropskog suda pravde u slučaju br. 22/78 *Hugin Kassaregister AB & Hugin Cash Registers Limited v. Commission*.

potražnje do koje bi došlo usled malog ali značajnog i trajnijeg povećanja cene posmatranog proizvoda.³⁴

U sprovođenju testa pretpostavljenog monopoliste polazi se od posmatranog proizvoda koji predstavlja polazno tržište proizvoda. Potom se u posmatrano tržište dodaju ili se iz njega isključuju dodatni proizvodi, u zavisnosti od toga da li njihova konkurencija dovoljno utiče ili ograničava kretanje cene posmatranog proizvoda u kratkom roku.³⁵ Pitanje na koje ovaj test treba da odgovori jeste da li bi se kupci posmatranog proizvoda okrenuli lako dostupnim supstitutima na tržištu usled hipotetičkog malog (između 5% do 10%) ali trajnog povećanja cene tog proizvoda. Ukoliko bi rezultujuća supstitucija potražnje bila dovoljno intenzivna da učini takvo povećanje cene neprofitabilnim zbog značajnog gubitka prodaja onda bi se ti supstituti uključili u relevantno tržište. Ovakav proces bi se ponavljao sve dok relevantno tržište ne obuhvati sve supstitute koji proizvode dovoljno jaku supstituciju potražnje da učine takvo povećanje cene neprofitabilnim, tako da bi hipotetički monopolista na poslednjem (tj. najširem) tržištu mogao profitabilno da učini malo ali značajno i trajnije povećanje cene proizvoda uključenih na to tržište, jer kupci ne bi više imali odgovarajuće supstitute kojima bi se okrenuli kao alternativni za te proizvode.³⁶ Ovo poslednje tržište na kome bi hipotetički monopolista mogao profitabilno da učini malo ali značajno i trajnije povećanje cene predstavlja tržište koje je vredno monopolisanja i čini relevantno tržište proizvoda za potrebe prava konkurencije.³⁷

³⁴ Vidi Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu, paragraf 15.

³⁵ *Ibid.*, paragraf 16.

³⁶ *Ibid.*, paragraf 17.

³⁷ Pritom, potrebno je imati u vidu da Komisijino Saopštenje o relevantnom tržištu predviđa da se test hipotetičkog monopoliste koristi ne samo prilikom utvrđivanja relevantnog tržišta proizvoda, već i kod utvrđivanja relevantnog geografskog tržišta. Naravno, kod utvrđivanja relevantnog geografskog tržišta određena prilagođavanja testa su potrebna, tako da se kao polazna osnova umesto određenog proizvoda uzima određeno geografsko područje, a test se sastoji u pitanju da li bi se kupci određenog proizvoda okrenuli izvorima snabdevanja u drugim područjima ukoliko bi se u posmatranom području cena proizvoda podigla za 5 do 10 procenata. Opet, ukoliko bi supstitucija potražnje bila dovoljno intenzivna da spreči profitabilnost povećanja cena dodatna geografska područja bi se dodavala u geografsko tržište, sve dok se ne dođe do takvog geografskog tržišta u kome bi hipotetički monopolista mogao da profitabilno podigne cene proizvoda za 5 do 10 procenata. Videti Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu, paragraf 17. Sa druge strane,

Prilikom primene testa pretpostavljenog monopoliste potrebno je imati u vidu da broj potencijalnih supstituta koji će se propustiti kroz ovaj test direktno zavisi od prvog koraka analize, kada se na osnovu fizičkih karakteristika proizvoda i njihove namene pravi preliminarna lista potencijalnih supstituta. U tom smislu su i konačni rezultati, koje će dati test pretpostavljenog monopoliste u pogledu granica relevantnog tržišta, u velikoj meri uslovljeni načinom na koji je prvi korak analize urađen. Naime, ukoliko bi u ovom prvom koraku analize neki potencijalni supstituti bili izostavljeni, oni nikad ne bi ni prošli kroz test pretpostavljenog monopoliste, pa bi time i konačni rezultat analize mogao biti ugrožen. Ovo se može označiti kao "*greška prvog koraka*" i posebno se može pojaviti u onim slučajevima kada su u pitanju proizvodi koji se razlikuju po svojim fizičkim karakteristikama, načinu distribucije i ceni, ali ipak mogu proizvesti značajne obuzdavajuće efekte konkurencije jedni na druge.³⁸ Tada bi već u preliminarnoj fazi ispitivanja, na osnovu fizičkih karakteristika proizvoda i njihove namene, moglo doći do toga da se određeni proizvodi koji mogu imati značajne obuzdavajuće efekte na posmatrani proizvod isključe iz dalje analize.³⁹ Stoga, veoma je važno da se prvoj fazi ispitivanja pristupi na otvoren način, koji bi uvažio činjenicu da i proizvodi koji imaju različite fizičke karakteristike mogu imati obuzdavajuće efekte jedni na druge i tako pripadati istom relevantnom tržištu.

Pored toga, važno je primetiti da kod testa hipotetičkog monopoliste nije svaki intenzitet supstitucije potražnje dovoljan da bi se smatralo da su dva proizvoda na istom relevantnom tržištu. Dva proizvoda će se smatrati da pripadaju istom relevantnom tržištu samo onda kada je intenzitet supstitucije dovoljno jak da povećanje cena učini neprofitabilnim. *A contrario*, postojanje supstitucije potražnje između dva proizvoda koja nije dovoljno jaka da spreči

Komisijino Saopštenje o relevantnom tržištu je u teoriji kritikovano zbog toga što ne predviđa primenu testa hipotetičkog monopoliste kod analize supstitucije ponude, koja takođe može biti važan element prilikom definisanja relevantnog tržišta. Videti Camesasca & Van den Bergh, *Achilles Uncovered: Revisiting the European Commission's 1997 Market Definition*, 47 *Antitrust Bulletin* 143 (2002), str. 159-61. Takođe vidi: Van den Bergh & Camesasca, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, Sweet and Maxwell, 2006, str. 128-9.

³⁸ Vidi Camesasca & Van den Bergh, *Achilles Uncovered: Revisiting the European Commission's 1997 Market Definition*, str. 158-9. Ovi autori daju primer bioskopskih projekcija i DVD filmova. Iako se ovi proizvodi veoma razlikuju po svojim fizičkim karakteristikama, načinu distribucije i ceni, ipak je zamislivo da prodaja ili iznajmljivanje DVD filmova efektivno spreči pokušaj vlasnika bioskopa da povise cenu bioskopskih karata.

³⁹ *Ibid.*

profitabilnost podizanja cena neće biti dovoljna da smesti dva proizvoda u isto relevantno tržište. Kada će intenzitet supstitucije potražnje biti dovoljan da spreči profitabilnost podizanja cena je kompleksno pitanje, koje katkad može zahtevati veoma složene ekonomske analize. U osnovi ovo je pitanje odnosa između povećanih prihoda koje preduzeće ostvaruje od prodaje svojih proizvoda po uvećanoj ceni i eventualnih ušteda u procesu proizvodnje, sa jedne strane, i izgubljene dobiti usled smanjenog broja prodaja zbog povećanja cene, sa druge strane. Ukoliko prvi efekti nadvise druge povećanje cena će biti profitabilno. I obrnuto, ukoliko vrednost izgubljene dobiti prevaziđe uvećane prihode koje preduzeće ostvaruje od prodaje svojih proizvoda po uvećanoj ceni i eventualne uštede u procesu proizvodnje, povećanje cena će biti neprofitabilno i preduzeće će trpeti gubitke zbog povećanja cena.⁴⁰

5. PROBLEM LAŽNIH SUPSTITUTA (TZV. "CELOFANSKA GREŠKA")

Test hipotetičkog monopoliste, odnosno malog ali značajnog i trajnijeg povećanja cena je, kao što je već i pomenuto, razvijen u Sjedinjenim Američkim Državama za potrebe kontrole koncentracija. U američkom antimonopolskom pravu ovaj test se ne primenjuje na definisanje relevantnog tržišta u slučajevima koji se tiču restriktivnih sporazuma i praksi, odnosno zloupotrebe dominantnog položaja (tj. monopolizacije tržišta). Nasuprot tome, u Komisijinom Saopštenju o relevantnom tržištu izričito je predviđeno

⁴⁰ *Ibid.* Sa ovim u vezi, interesantno je primetiti i da u američkoj teoriji postoji shvatanje da "pravilna" primena testa hipotetičkog monopoliste ne podrazumeva ocenu profitabilnosti "malog ali značajnog i trajnijeg" podizanja cena, već odgovor na pitanje da li je najprofitabilnije podizanje cena za hipotetičkog monopolistu jednako ili veće od 5%. Drugim rečima, za zaključak da dva proizvoda nisu na istom relevantnom tržištu nije dovoljno samo da "malo ali značajno i trajnije" povećanje cena (npr. 5 do 10 procenata) bude profitabilno za hipotetičkog monopolistu, već i da je najprofitabilnije podizanje cena za hipotetičkog monopolistu jednako ili veće od 5%. Ilustracije radi, moguće je da najprofitabilnije podizanje cena za hipotetičkog monopolistu bude na nivou od, recimo, 3 %, ali i da povećanje od 5% bude takođe profitabilno za njega u poređenju sa profitom koji je ostvarivao pre hipotetičkog podizanja cena. U takvom slučaju primetno je da određeni proizvod ipak ima znatne obuzdavajuće efekte na cenu posmatranog proizvoda, tj. da utiče na profitabilnost podizanja cena i da ga stoga treba uključiti u relevantno tržište. Vidi Werden, *op. cit.*, str. 537-9. Praktično posmatrano, ovakav pristup bi "podizao lestvicu" za zaključak da dva proizvoda nisu na istom relevantnom tržištu, što bi očekivano vodilo tome da relevantna tržišta budu šire definisana. Kao što je već objašnjeno, preduzeća pod istragom bi po pravilu ovakav ishod priželjkivala kod postupaka povodom zloupotrebe dominantnog položaja, ali ne i u postupcima za kontrolu koncentracija.

da se postupak definisanja relevantnog tržišta predviđen u Saopštenju, uključujući i test hipotetičkog monopoliste, primenjuje na sve slučajeve koji nastanu u vezi sa članovima 101. i 102. UFEU, kao i u vezi sa Uredbom o kontroli koncentracija.⁴¹ Ipak, usled činjenice da je ovaj test nastao prvenstveno u kontekstu i za potrebe ocene koncentracija, u teoriji se opravdano postavlja pitanje podobnosti njegove primene u drugim institutima prava konkurencije, a posebno u slučajevima koji se odnose na zloupotrebu dominantnog položaja.

Zaista, kada je u pitanju primena testa hipotetičkog monopoliste u slučajevima zloupotrebe dominantnog položaja potrebno je postupati sa povećanom pažnjom uzimajući u obzir suštinske razlike koje postoje između analize zloupotrebe dominantnog položaja i ocene koncentracija. Naime, kod ispitivanja koncentracija, sa aspekta zaštite konkurencije glavna briga je da li će koncentracija značajno ograničiti efektivnu konkurenciju na tržištu usled stvaranja ili jačanja dominantnog položaja, i posledično rezultirati povećanjem cena koje u vreme ispitivanja preovlađuju na tržištu. Dakle, kod ispitivanja koncentracija istraga je usmerena u budućnost, u momentu ocene konkurencija na tržištu, po pravilu, nije ugrožena, a ispituje se da li bi usled koncentracije u budućnosti moglo doći do negativnih efekata po konkurenciju na relevantnom tržištu.⁴² Nasuprot tome, u postupcima povodom zloupotrebe dominantnog položaja ispituje se ponašanje koje se dogodilo u bližoj ili daljoj prošlosti. Stoga, ukoliko je predmet istrage zaista dominantno preduzeće koje je svoju tržišnu moć upotrebilo radi maksimiziranja dobiti, sasvim je zamislivo da je cena određenog proizvoda (koji proizvodi, odnosno prodaje to preduzeće) već podignuta iznad konkurentnog nivoa. Ovo bi bilo posledica "ekonomski racionalnog" ponašanja dominantnog preduzeća koje po prirodi stvari teži maksimiziranju svog profita, pa bi u skladu sa tom težnjom i cene svojih proizvoda podiglo na ekonomski optimalan nivo, iznad kojeg dalje povećanje cena za njega ne bi bilo profitabilno.⁴³ Imajući to u vidu, činjenica da se test hipotetičkog monopoliste zasniva na cenama koje preovlađuju na tržištu može predstavljati značajan problem kod primene ovog testa u postupcima zbog zloupotrebe dominantnog položaja. Ovo iz razloga što dominantno preduzeće možda, koristeći svoju tržišnu moć, već naplaćuje cene koje su

⁴¹ Vidi Saopštenje Komisije o relevantnom tržištu, paragraf 1.

⁴² Vidi Nevo-Ilan, *op. cit.*, str. 84. Takođe videti Uredbu o kontroli koncentracije EU, paragraf 1.

⁴³ Vidi Nevo-Ilan, *op. cit.*, str. 85.

podignute iznad konkurentnog nivoa. Svako dalje povećanje cena, uključujući i ono za potrebe testa hipotetičkog monopoliste, bi stoga moglo voditi tome da kupci prestanu kupovati te proizvode, ne iz razloga što postoje adekvatni supstituti, već jednostavno iz razloga što višu cenu nisu spremni da plate za taj proizvod. U takvom slučaju, kupci bi prestali da kupuju posmatrani proizvod i okrenuli bi se proizvodima koji ne predstavljaju dobre supstitute posmatranom proizvodu. Ipak, sa aspekta testa pretpostavljenog monopoliste ovakva pojava bi se manifestovala u prividno visokoj zamenljivosti (tj. uzajamnoj elastičnosti potražnje) posmatranog proizvoda sa proizvodima kojima su se okrenuli potrošači. Paradoksalno, pojavljivanje ovakvih "lažnih supstituta" bi vodilo široj definiciji relevantnog tržišta, tako da bi u krajnjoj liniji dominantno preduzeće upravo zahvaljujući (zlo)upotrebi svoje tržišne moći moglo izmaći domašaju odredbi o zabrani zloupotrebe dominantnog položaja.⁴⁴

U pravnoj teoriji se ovaj problem najčešće naziva *celofanska greška* (engl. *cellophane phallacy*),⁴⁵ aludirajući na slučaj *United States v. E.I. Du Pont de Nemours*⁴⁶ koji je dospelo pred Vrhovni sud SAD davne 1956. godine u kome je sud načinio upravo gore opisanu grešku. U ovom slučaju, definisanje relevantnog tržišta je zavisilo od odgovora na pitanje da li celofanska ambalaža predstavlja zasebno tržište ili se nalazi na istom tržištu sa drugim fleksibilnim materijalima za pakovanje. Sud je primenjujući testove koji ispituju uzajamnu elastičnost potražnje ustanovio da između celofana i drugih fleksibilnih materijala za pakovanje (poput aluminijumskih folija i voštanih papira) postoji visoki stepen supstitucije potražnje, te da stoga celofanska ambalaža ne predstavlja zasebno tržište već deo šireg tržišta fleksibilnih materijala za pakovanje. Iako se ovakvo rezonovanje suda na prvi pogled čini logičnim, ova presuda je u pravnoj teoriji bila predmet obimne kritike s obzirom na činjenicu da je sud propustio da primeti da je *Du Pont* kao vodeći proizvođač celofana (koji je proizvodio oko 70% celofana u SAD) iskoristio svoju tržišnu moć da podigne cene na najviši nivo koji su marginalni kupci bili spremni da plate za celofan, i preko kog nivoa oni više

⁴⁴ Ovo iz razloga što široka definicija relevantnog tržišta umanjuje šanse za postojanje dominacije na njemu.

⁴⁵ Iako je prilično upečatljiv, čini se da ovakav naziv ne oslikava suštinu ovog instituta, te da bi mnogo prikladniji naziv za ovu pojavu bio *problem lažnih supstituta*, koji bi ukazivao na osnovni problem koji se u ovakvim situacijama javlja.

⁴⁶ 351 US 377 (1956).

ne bi bili spremni da kupuju celofan i okrenuli bi se drugim proizvodima (tj. drugim fleksibilnim materijalima za pakovanje) koji zapravo ne predstavljaju adekvatnu zamenu za celofansku ambalažu i koje pod "normalnim" uslovima oni ne bi smatrali odgovarajućom zamenom za celofan.⁴⁷ Na taj način je prividno visok stepen uzajamne elastičnosti između celofana i drugih fleksibilnih materijala za pakovanje naveo sud na pogrešan zaključak da je celofan deo šireg tržišta fleksibilnih materijala za pakovanje. Time je sud u suštini propustio da razgraniči konkurenciju stvorenu zloupotrebom tržišne moći – tj. pojavu "lažnih supstituta - sa konkurencijom koja treba da spreči zloupotrebu tržišne moći – tj. prave supstitute određenog proizvoda koji sprečavaju podizanje cena iznad konkurentnog nivoa."⁴⁸

6. POTENCIJALNI PRISTUPI PROBLEMU LAŽNIH SUPSTITUTA

Komisijino Saopštenje o relevantnom tržištu konstatuje mogućnost pojavljivanja lažnih supstituta pri ispitivanju zloupotrebe dominantnog položaja u paragrafu 19, gde navodi da će se kod "ispitivanja zloupotrebe dominantnog položaja uzeti u obzir činjenica da je cena koja preovlađuje na tržištu možda već značajno povećana."⁴⁹ Očito ovo će, po pravilu, biti slučaj kod tzv. eksploativnih zloupotreba, gde dominantno preduzeće iskorišćava svoju tržišnu moć direktno na račun potrošača (npr. kroz nametanje nepravičnih prodajnih cena, koje su podignute znatno iznad konkurentnog nivoa). S druge strane, kod tzv. isključujućih zloupotreba dominantno preduzeće koristi svoju tržišnu moć za istiskivanje konkurencije sa tržišta čime teži stvaranju monopola koji bi mu u budućnosti omogućio profitabilno povećanje cena iznad konkurentnog nivoa. Stoga, kod isključujućih zloupotreba preovlađujuća cena na tržištu može biti dobar osnov za primenu testa hipotetičkog monopoliste. Izuzetak u ovom pogledu bi mogao biti

⁴⁷ Za prvu kritiku ove presude videti Turner, *Antitrust Policy and the Cellophane Case*, 70 *Harvard Law Review* (1956), str. 281. Takođe vidi Posner & Easterbrook, *Antitrust: Cases, Economic Notes and other Materials*, West, 2 ed, 1981, str. 360-2.

⁴⁸ Vidi Areeda, Hovenkamp & Solow, *Antitrust Law*, Little, 1995, str. 208-9. Za sličnu kritiku ove presude vidi takođe: Landes & Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, 94 *Harvard Law Review* 1981, str. 960-1; Stocking & Mueller, *The Cellophane Case and the New Competition*, 45 *American Economic Review* 29, 53-4 (1955); Glick et al, *Importing the Merger Guidelines Market Test in Section 2 Cases: Potential Benefits and Limitations*, 42 *Antitrust Bulletin* 121, 145-49 (1997).

⁴⁹ Za više o "obrnutoj celofanskoj grešci" videti Lind, Muysert, & Walker, *Innovation and Competition Policy, Report Prepared for the Office of Fair Trading, Economic Discussion Paper 3* (2002), str. 55.

jedino slučaj tzv. predatorskih cena, gde dominantno preduzeće kao deo svoje trgovačke taktike naplaćuje veoma niske cene za svoj proizvod sa ciljem da primora konkurente da se povuku sa tržišta, da bi nakon toga bilo u poziciji da poveća cene iznad konkurentnog nivoa i maksimizira svoj profit. U takvom slučaju bi korišćenje preovlađujuće cene na tržištu za potrebe testa hipotetičkog monopoliste moglo dovesti do tzv. "obrnute celofanske greške", jer je preovlađujuća cena na tržištu spuštena znatno ispod konkurentnog nivoa (a možda i ispod same cene koštanja proizvoda) pa bi hipotetičko povećanje preovlađujuće cene od 5 do 10 procenata moglo ukazivati na veoma nizak stepen supstitucije potražnje, što bi posledično vodilo ka tome da relevantno tržište bude isuviše usko definisano usled prividno neelastične potražnje.

Na žalost, Komisijino Saopštenje o relevantnom tržištu ne daje detaljnija uputstva o tome kako bi trebalo postupiti kada se pojavi problem lažnih supstituta. Ipak, ovaj nedostatak Saopštenja o relevantnom tržištu se čini, bar delimično, otklonjenim objavljivanjem Komisijinog Diskusionog papira iz 2005. godine.⁵⁰ U ovom dokumentu Komisija se detaljnije posvetila problemu lažnih supstituta i u suštini iznela tri potencijalna pristupa ovom problemu zasnovana na pravno-teorijskim analizama ovog problema i prethodnoj praksi komunitarnih sudova i same Komisije.

Prvi pristup se odnosi na *rekonstruisanje konkurentne cene* za određeni proizvod na tržištu. U osnovi, Komisija suočena sa problemom lažnih supstituta bi na osnovu raspoloživih podataka pokušala da proceni konkurentnu cenu za određeni proizvod i da potom iskoristi tu cenu za primenu testa hipotetičkog monopoliste.⁵¹ Ipak, glavni nedostatak ovog pristupa leži u činjenici da ne postoje dovoljno jasne i egzaktne ekonomske metode koje bi omogućile praktičnu primenu ovog pristupa, te da u najvećem broju slučajeva nije moguće sa potrebnim stepenom preciznosti i sigurnosti utvrditi konkurentnu cenu određenog proizvoda. Kako uspešna primena testa hipotetičkog monopoliste zavisi od tačnosti podataka na kojima se on zasniva, u praksi bi primena ovog metoda mogla značajno da umanjí pouzdanost rezultata koje bi dala primena ovog testa.⁵² Pored toga, još jedan

⁵⁰ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brisel, 2005. Diskusioni papir i komentari na njega su dostupni na internet adresi Opšteg direktorata za konkurenciju Evropske Komisije <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>.

⁵¹ Vidi *Diskusioni papir*, paragraf 16.

⁵² *Ibid.*

značajan nedostatak koji se može izreći ovom pristupu jeste da on praktično stavlja Komisiju (odnosno telo nadležno za primenu propisa o zaštiti konkurencije) u poziciju tržišnog regulatora koji treba da odredi šta se smatra konkurentnom cenom jednog proizvoda na tržištu. A Komisija i komunitarni sudovi su kroz svoju praksu upravo pokušavali da izbegnu takvu ulogu i veoma retko su prihvatili da donesu odluke koje mogu imati takvu dimenziju.⁵³ Konačno, u pojedinim slučajevima primena ovog pristupa može biti "cirkularnog" karaktera i voditi prejudiciranju ishoda konkretnog spora. Primera radi, u slučajevima koji se odnose na zloupotrebu dominantnog položaja na tržištu zbog nametanja nepravičnih prekomernih cena, samo određivanje konkurentne cene na nivou nižem od onog koji je naplaćivalo preduzeće pod istragom može voditi nalazu o postojanju dominacije tog preduzeća (npr. kada je konkurentna cena utvrđena na toliko niskom nivou da se kupci ne bi okrenuli dobrim supstitutima uprkos malom ali znatnijem i trajnijem povećanju cena), a kada je dominacija na tržištu utvrđena zaključak o zloupotrebi takvog tržišnog položaja postaje očigledan zasnivajući se upravo na nivou konkurentne cene koji je utvrđen kod definisanja relevantnog tržišta (na kojem je sam nalaz o postojanju dominacije bio zasnovan).

Slično ovome, u teoriji se, na primer, predlaže da se relevantno tržište definiše prema vremenu pre nego što je nekonkurentno ponašanje započelo, te da se tako definisano relevantno tržište prenese u sadašnjost radi ocene sadašnjeg tržišnog položaja posmatranog preduzeća na njemu. Iako teorijski ovakav pristup može delovati opravdan, njegova praktična primena bi bila skopčana sa velikim teškoćama. Na prvom mestu, neretko bi bilo veoma teško utvrditi koji trenutak u prošlosti bi trebalo uzeti kao referentnu tačku u vremenu pre nego što je nekonkurentno ponašanje započelo. Na primer, ukoliko je u prošlosti cena predmetnog proizvoda postepeno rasla, Komisija (odnosno telo nadležno za sprovođenje propisa o zaštiti konkurencije) bi morali da utvrde u kom tačno trenutku je taj rast cena eskalirao u nekonkurentno ponašanje, tj. povredu konkurencije. Pritom, takav nalaz ne samo da bi praktično stavio Komisiju u ulogu tržišnog regulatora, već bi nosio i rizik prejudiciranja nalaza o postojanju povrede konkurencije već u prethodnoj fazi postupka u kojoj se definiše relevantno tržište. Pored toga, bilo bi izuzetno teško sa neophodnim stepenom sigurnosti utvrditi

⁵³ Vidi Doklešćić, *Zloupotreba dominantnog položaja na tržištu u pravu konkurencije Evropske unije*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2010, str. 296.

preferencije kupaca ili druge relevantne uslove (npr. preovlađujuću cenu određenog proizvoda) u nekom trenutku u prošlosti, čime bi se znatno otežala primenljivost testa hipotetičkog monopoliste. Osim toga, tako definisano tržište možda ne bi adekvatno odgovaralo sadašnjem stanju jer se preferencije kupaca menjaju tokom vremena, između ostalog, i usled pojave novih proizvoda ili promene drugih uslova snabdevanja na tržištu.⁵⁴

Drugo, ukoliko posmatrano preduzeće prodaje svoj proizvod u više područja relevantni podaci u pogledu sastava relevantnog tržišta proizvoda mogu se dobiti i upoređivanjem cene tog proizvoda u različitim područjima.⁵⁵ Tako, ako preduzeće naplaćuje višu cenu za svoj proizvod u onim područjima gde ima veći udeo u ukupnom broju prodaja tog proizvoda, to bi bila indikacija da glavna konkurencija dolazi od drugih prodavaca tog proizvoda, a ne drugih potencijalnih supstituta.⁵⁶ Ipak, kod ovakve analize potrebno je uvek utvrditi da je razlika cene po regionima uzrokovana stepenom tržišne moći preduzeća, a ne drugim faktorima koji mogu uticati na cenu proizvoda (npr. preferencije potrošača, troškovi prevoza, carine, porezi, i sl).⁵⁷ Pored toga, nedostatak ovog metoda analize jeste da on može okvirno ukazivati odakle dolaze glavni obuzdavajući efekti konkurencije (uzimajući u obzir strukturu konkurencije na drugim područjima) ali ovaj metod pruža malo mogućnosti za izolovanje konkretnih konkurentnih proizvoda (roba i usluga) koje bi trebalo uključiti u relevantno tržište koje se definiše u konkretnom postupku.

Konačno, treći potencijalni pristup problemu lažnih supstituta se u velikoj meri zasniva na sudskoj praksi koju su komunitarni sudovi izgradili pre nego što je Komisija objavila Saopštenje o relevantnom tržištu. U osnovi ovog pristupa se nalazi ideja da se u slučajevima u kojima se javlja problem lažnih supstituta odustane od pokušaja kvantifikovanja supstitucije potražnje ekonomskim metodama, te da se zaključak o pripadnosti proizvoda istom tržištu izvede iz njihovih karakteristika i namene.⁵⁸ Prateći pravne testove iz

⁵⁴ Vidi Carlton, *Market Definition: Use and Abuse*, Competition Policy International 2007, str. 3-7.

⁵⁵ *Ibid.*, paragraf 19.

⁵⁶ *Ibid.* Isti princip bi se mogao primeniti i u slučajevima kada posmatrano preduzeće ne prodaje svoj proizvod u više različitih područja, ako postoje druga preduzeća koja prodaju taj proizvod u drugim regionima.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Vidi *Diskusioni papir*, paragraf 18.

slučajeva *United Brands*⁵⁹ i *Continental Can*⁶⁰ ključno pitanje u svakom slučaju bi bilo da li su karakteristike određenog proizvoda i njegova namena takvi da ga razlikuju od drugih proizvoda u toj meri da je samo u maloj meri zamenljiv sa njima i da stoga nije efektivno ograničen njima pri konkurentnim cenama.⁶¹ Pritom, posebna pažnja bi morala biti posvećena potrebama tzv. marginalnih potrošača, tj. potrošača sa elastičnom potražnjom koji bi pri poskupljenju proizvoda bili spremni da se okrenu lako dostupnim supstitutima. Ono što je važno kod ovog metoda jeste da li dovoljno veliki broj kupaca smatra da su dva proizvoda dobri supstituti, imajući u vidu njihove karakteristike i namenu. Ukoliko bi to bio slučaj dva proizvoda bi se smatrala da se nalaze na istom relevantnom tržištu.⁶²

Prigovor koji se može staviti ovom metodu jeste da se odvajanjem od kvantitativnih ekonomskih metoda procene supstitucije potražnje znatno smanjuje stepen pravne sigurnosti u ovoj oblasti. Svođenje definisanja relevantnog tržišta na subjektivnu ocenu suda o zamenljivosti dva proizvoda na osnovu njihovih karakteristika i namene bi moglo stvoriti opasnost pravne nesigurnosti i time se negativno odraziti na mogućnost pravnih subjekata da sa neophodnim stepenom sigurnosti predvide nalaze Komisije i komunitarnih sudova u pogledu relevantnog tržišta.⁶³ Ipak, čini se da se ovde bar dve stvari moraju imati u vidu. Prvo, čak ni kvantitativni ekonomski modeli procene supstitucije potražnje ne otklanjaju u potpunosti rizik pravne nesigurnosti. Oni su često izuzetno složeni, raznovrsni i najčešće podobni da prikažu ono što njihovom naručiocu ne škodi. Pored toga, čak i onda kada sami rezultati do kojih se dođe kroz ove modele nisu sporni, jedni isti

⁵⁹ Vidi presudu Evropskog suda pravde u slučaju br. 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission*.

⁶⁰ Vidi presudu Evropskog suda pravde u slučaju br. 6/72 *Europemballage Corporation & Continental Can Company Inc. v Commission*.

⁶¹ Za relevantnu sudsku praksu u Evropskoj uniji videti presude u slučajevima: 6/72, *Europemballage Corporation & Continental Can Company Inc. v Commission*, paragraf 32; T-30/89 *Hilti AG v Commission*, paragraf 64; T-86/95, *Compagnie générale maritime and Others v Commission*, paragraf 48; 27/76 *United Brands v. Commission*, paragraf 12; 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen & Silver Line Reisebüro GmbH v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, paragrafi 39- 40.

⁶² Vidi *Diskusioni papir*, paragraf 18.

⁶³ Chalmers, Hadjiemmanuil, Monti & Tomkins, *European Union Law - Text and Materials*, str. 1029.

rezultati mogu biti podložni dijametralno suprotnim tumačenjima.⁶⁴ Sa druge strane, određeni stepen slobode u odlučivanju sudova mora uvek postojati. To ne treba posmatrati kao rizik pravne nesigurnosti, već kao sredstvo obezbeđivanja pravičnosti u pojedinačnim slučajevima. Čak i kada se primenjuju kvantitativne metode, sud je taj koji na kraju mora odlučiti koju će od njih usvojiti, odnosno koje tumačenje njihovih rezultata će prihvatiti, što samo po sebi zahteva određenu subjektivnu ocenu suda. Stoga, odluka suda o relevantnom tržištu u svakom pojedinačnom slučaju će zavisiti od konkretnih okolnosti tog slučaja i težine koju će sud pripisati pojedinačnim dokaznim sredstvima. Drugo, na praktičnom nivou – ukoliko se ostane pri shvatanju da je definisanje relevantnog tržišta preduslov za utvrđivanje dominacije na tržištu - u situacijama kada nije moguće sa potrebnim stepenom sigurnosti rekonstruisati konkurentnu cenu određenog proizvoda, odnosno utvrditi relevantno tržište na osnovu poređenja cene određenog proizvoda u različitim područjima, neretko jedina realna alternativa koja preostaje jeste da sud, na osnovu raspoloživih dokaza, a imajući u vidu karakteristike i namenu proizvoda napravi obrazloženu procenu da li su dva proizvoda u očima potrošača dovoljno zamenljivi da bi bili na istom tržištu proizvoda.

Zaključak

Kao što je napred objašnjeno, problem tzv. "lažnih supstituta" (ili "celofanske greške" kako se ovaj problem ponekad naziva) može imati veoma ozbiljne implikacije u slučajevima kada se relevantno tržište definiše u postupcima povodom (navodne) zloupotrebe dominantnog položaja na tržištu. U takvim situacijama moguće je da je cena određenog proizvoda (koji proizvodi, odnosno prodaje to preduzeće) već podignuta iznad konkurentnog nivoa, što bi bilo posledica "ekonomski racionalnog" ponašanja dominantnog preduzeća koje po prirodi stvari teži maksimiziranju svoje dobiti, pa bi u skladu sa tom težnjom i cene svojih proizvoda podiglo na ekonomski optimalan nivo, iznad kojeg dalje povećanje cena za njega ne bi bilo profitabilno. Ta činjenica može predstavljati značajan problem kod primene ovog testa u postupcima zbog

⁶⁴ Za primer videti presudu Evropskog suda pravde u slučaju br. 27/76 *United Brands v. Commission*, paragrafi 28, 32-3. Žalilac (*United Brands*) je u postupku pred Komisijom i pred Evropskim sudom pravde izneo ekonomske analize i studije koje su govorele u prilog njegovoj tvrdnji da postoji značajna uzajamna elastičnost između banana i drugog voća. Međutim, sud je ove iste studije tumačio na drugačiji način izvodeći iz njih zaključak da je nivo uzajamne elastičnosti nizak i povremen.

zloupotrebe dominantnog položaja budući da se test hipotetičkog monopoliste zasniva na cenama koje preovlađuju na tržištu, te da primena ovog testa u situaciji kada je preovlađujuća cena na tržištu već podignuta iznad konkurentnog nivoa može indikovati tzv. lažne supstitute, kojima bi se kupci okrenuli ne iz razloga što oni predstavljaju dobru zamenu posmatranom proizvodu, već jednostavno iz razloga što veću cenu nisu spremni da plate za taj proizvod. Sa aspekta testa pretpostavljenog monopoliste ovakva pojava bi se manifestovala u prividno visokoj zamenljivosti (tj. uzajamnoj elastičnosti potražnje) posmatranog proizvoda sa proizvodima kojima su se okrenuli potrošači. Paradoksalno, pojavljivanje ovakvih "lažnih supstituta" vodilo bi široj definiciji relevantnog tržišta, tako da bi u krajnjoj liniji dominantno preduzeće upravo zahvaljujući (zlo)upotrebi svoje tržišne moći moglo izmaći domašaju odredbi o zabrani zloupotrebe dominantnog položaja.

U teoriji i praksi je predloženo nekoliko potencijalnih načina za tretiranje ovog problema. Neki od tih pristupa idu za tim i da u uslovima kada je preovlađujuća cena na tržištu već podignuta iznad konkurentnog nivoa omoguće primenu testa hipotetičkog monopoliste - kroz rekonstruisanje konkurentne cene proizvoda na osnovu koje bi se primenjivao test hipotetičkog monopoliste. Drugi pristupi ovom problemu nastoje da u ovakvim situacijama pruže alternativu testu hipotetičkog monopoliste kroz definisanje relevantnog tržišta prema vremenu pre nego što je nekonkurentno ponašanje započelo ili na osnovu podataka o strukturi tržišta u drugim područjima gde se predmetni proizvod prodaje, ili tako što bi se zaključak o pripadnosti proizvoda istom tržištu izveo iz njihovih karakteristika i namene.

Kao što je ranije istaknuto svakom od ovih pristupa mogu se uputiti određene zamerke u pogledu njihove opravdanosti ili praktične sprovodivosti, pri čemu neke od tih zamerki po svojoj prirodi mogu biti ograničene na pojedine kategorije slučajeva kada primena tog konkretnog pristupa može biti (naročito) neprikladna. Ipak, uzimajući u obzir sveukupne karakteristike predloženih načina za tretiranje problema tzv. lažnih supstituta čini se da bi generalno najpodesniji način za pristup ovom problemu bio taj da se zaključak o pripadnosti proizvoda istom tržištu izvodi iz njihovih karakteristika i namene. Pritom, ovaj način definisanja relevantnog tržišta ne bi valjalo uzeti kao generalnu zamenu za test hipotetičkog monopoliste, već bi njemu trebalo pribegavati onda kada postoje jasni dokazi da je situacija na tržištu već poremećena usled postojanja tržišnog učesnika sa značajnom tržišnom moći, te da je preovlađujuća cena na tržištu već podignuta iznad konkurentnog nivoa. Dodatno, radi očuvanja što većeg stepena pravne sigurnosti u takvim situacijama poželjno bi bilo da Komisija (odnosno tela

nadležna za primenu propisa o zaštiti konkurencije) svoj nalaz o pripadnosti proizvoda istom tržištu zasnuju ne samo na logičkim opservacijama o sličnosti karakteristika i namena tih proizvoda, već i na što je moguće većem broju drugih dokaza koji ukazuju na to da ti proizvodi pripadaju istom relevantnom tržištu (npr. istorijski primeri zamenljivosti proizvoda, ekonomske studije i analize o zamenljivosti proizvoda, studije i ankete o percepcijama potrošača i njihovim preferencijama i navikama, podatke o eventualnim preprekama i troškovima za preusmeravanje potražnje na potencijalne supstitute). Na taj način bi test hipotetičkog monopoliste ostao primarni test za definisanje relevantnog tržišta, dok bi u situacijama kada je preovlađujuća cena na tržištu već podignuta iznad konkurentnog nivoa postojao dovoljno jasan i predvidiv sistem analize koji bi omogućavao definisanje relevantnog tržišta u takvim situacijama.

Dr. Slobodan Dokleštic, LL.M.*

Problem of False Substitutes in Defining of the Relevant Market in the Competition Law

Summary

Defining the borders of the relevant market is often one of the most important issues in the competition law. That issue may arise in all three main areas of the competition law – prohibition of restrictive agreements and practices, prohibition of abuse of dominant position on the market and control of concentrations on the market. In the competition law of the European Union main conclusions with regard to the borders of the relevant market will usually be derived based on the analysis of demand through so-called hypothetical monopolist test. However, in certain situations application of this test may be inadequate due to the fact that the prevailing market price has already been raised above the competitive level (most often this will be the case when there is an undertaking with significant market power). In such cases hypothetical monopolist test may provide misleading results with regard to the borders of the relevant market by indicating ostensibly high level of

* Attorney at Law – Partner Karanovic& Nikolic o.a.d. Belgrade.

substitutability of the analyzed product with other products to which the customers may revert due to a small but significant and non-transitory increase in price (so-called "false substitutes"). Practically this may result in inclusion of such false substitutes in the relevant market and in that way in its broader definition, which in turn will generally reduce the possibility for finding of market domination on such market. In this paper the author gives short analysis of the problem of false substitutes in defining of the relevant market in the competition law, as well as of potential approaches to this problem in practice.

Key words: European Union competition law, relevant market, analysis of market demand, cellophane phallacy, false substitutes.