

Заштита конкуренције и економска регулација: примена и установе

Борис Беговић

24.10.2015.

boris.begovic@clds.rs



Регулација као супститут праву конкуренције

- Економска регулација елиминира тржиште као механизам за доношење битних одлука, нестаје слобода пословања
- Будући да елиминира слободну конкуренцију, уклања простор за право конкуренције
- Ово важи на нивоу активности, а не на нивоу сектора – сектори обухватају више различитих активности



Комплементарност регулације и права конкуренције

- У појединим секторима се јавља и једно и друго – само усмерено на различите активности
- Различите форме исте суштине: регулације, односно државне интервенције: мора да се бира
- Степен инвазивности је различит: степен нарушавања слободно тржишта и приватних својинских права
- Циљеви могу да буду различити



Дерегулација

- У случају економске регулације, дерегулација значи препуштање сектора/ активности праву конкуренције
- У зависности од структуре делатности/ сектора, дерегулација не мора да буде довољна за успостављање конкуренције
- Општа дерегулација означава умањење баријера уласку



Либерализација

- Поспешивање увођења конкуренције
- У неким случајевима подразумева регулацију одређених активности унутар сектора
- Регулација приступа, на пример међуповезивања
- Алтернативно, поспешивање увођења конкуренције може да се оствари и применом права конкуренције: питање избора



Регулаторно право конкуренције

- Примена права конкуренције уместо економске регулације (квази регулација)
- Неминовно је због резидуланог карактера права конкуренције
- Најчешће је у питању прелазно, привремено решење док се не успостави секторски регулаторни режим
- Може да буде и избор



Специфичности примене (1)

- Прелазно решење, нарочито у процесу регулаторне реформе или либерализације
- Аеродромска инфраструктура у ЕУ када је директно примењено право конкуренције (злоупотреба доминантног положаја), у случају Франкфурта и Париза (CDG).
- Случајеви платних картица и коришћење права конкуренције за економску регулацију



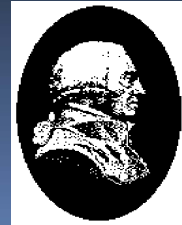
Специфичности примене (2)

- Административно техничка примена, а не правосудна или квазиправосудна
- Своди се (у великој мери) на механизме контроле концентрација
- Изрицање мера понашања и структурних мера
- Примена *ex ante*
- Обавезе чињења, а не обавезе нечињења
- Повећање дискреције у одлучивању



Механизми примене

- Споразум, односно поравнање, уз одлуку надлежног тела
- Consent decrees (US), commitment decisions (EU)
- Одлука о прекиду поступка на основну предлога странке о преузимању обавеза ради отклањања могућих повреда конкуренције (члан 58 ЗЗК), скраћено “одлука о преузимању обавеза”



Компаративна искуства (1)

- Америчко је богатије – дужа традиција
- Кључно је да овим није устављена повреда права, па се елиминишу приватне тужбе
- Постоји обавеза јавних консултација чиме свако добија право да искаже своје мишљење (Tunney Act)
- Потребно је да се служи “јавном интересу”



Компаративна искуства (2)

- ЕУ – Уредба 1/2003, члан 9: могућност споразума
- Мора да постоје индиције о повреди конкуренције (101/102)
- Процес јавне консултације
- Није потреба сагласност судских власти
- Обавезе су: одрицање од погона, додатних инвестиција, прихватање контроле цена, сарадње са конкурентима итд



Доктринарна основа квазирегулације

- Прекомерне цене (неправичне цене у смислу 102)
- Експлоатативна злоупотреба доминантног положаја
- Доктрина “неопходног постројења / капацитета” (essential facilities)
- Ексклузивна злоупотреба доминантног положаја



Прекомерне цене

- У САД ово не представља повреду права конкуренције, без обзира на то колике су.
- Монополисти је дозвољено да експлоатише купце/потрошаче
- Забрањена је само монополизација
- За право конкуренције ЕУ ово може да представља повреду, али је веома ретко установљено као повреда права
- Надлежно тело се тиме (практично) не бави



Проблеми доктрине

- Не постоји једнозначан критеријум, правни или економски, који се одређује “прекомерност”
- Динамизам тржишта ствара додатне проблеме
- Мерење профитабилности учесника на тржишту је практично неоствариво
- Мера против повреде је контрола цена: тешка је за КЗК и са становишта надгледања и обезбеђивање поштовања мере



Судска пракса

- Европски суд у пресуди United Brands 27/76 успоставља двојни критеријум за прекомерну цену:
 - Разлика између трошкова и цене мора бити прекомерна
 - Цена мора бити неправична сама по себи или у односу на упоредиве производе
- Скептицизам Генералног заступника ЕК у погледу примене (2008)
- ЕК се углавном уздржава од примене: “Нисмо регулатори цена”



Неопходно постројење

- Сваки учесник на тржишту има право да сам бира с ким ће ступати у уговорне односе, има слободу да одбије снабдевање
- Уколико такво одбијање има или може да има за последицу нарушавање конкуренције може бити предмет обавезе чињења
- Категорију обавезе снабдевања познају и право конкуренције САД и ЕУ



Дефинисање појма

- “Постројење или инфраструктура која је неопходна за обављање одређеног посла, а не може се да се на разуман начин нађе замена” ЕК
- Постоји у случају природног монопола и приступа том постројењу, нарочито у случају вертикалне интеграције
- Преношење тржишне моћи са једног на друго тржиште
- Монополизација или злоупотреба доминантног положаја (102)



Правни стандард (ЕУ)

- Судови је нису формално признали као доктрину (правни аргумент)
- Формулисани су критеријуми за примену у ЕУ (Европски суд правде, Oscar Bronner 7/97)
- Тест од три корака (кумулативно):
 - Одбијање ће вероватно елиминисати сву конкуренцију
 - Одбијање нема објективно оправдање
 - Не постоје стварни или потенцијални супститути капацитету



Правни стандард (САД)

- Раније су формулисани су критеријуми за примену у САД (Апелациони суд САД, седми дистрикт, MCI v. AT&T, 708 F.2d, 1983)
- Тест од четири корака (кумулативно):
 - Неопходно постројење контролише монополиста
 - Нема могућности за дуплирање капацитета (изградњом новог постројења)
 - Одбија се снабдевање конкуренту
 - Снабдевање је у потпуности оствариво



Проблеми примене

- Нарушавање слободe предузетништва и приватних својинских права
- Циљ је заштита конкуренције, а не конкурената
- Негативни ефекти на инвестиције и иновације: нема нових капацитета
- Кратак или дуги рок посматрања: различити ефекти
- Административна комплексност обавезе и надзора њеног испуњења



Питање надлежности

- Примена доктрине неопходног постројења, према пресуди Trinko (USSC 02-682, 2004) треба да спада у надлежност секторских регулатора
- ЕК агресивно примењује доктрину у секторима који су регулисани и под надзором секторског регулатора
- Доктрина се примењује нарочито у случајевима парцијалне дерегулације и либерализације



Будућност квазирегулације

- Има перспективу као краткорочно решење, као краткорочна замена непостојеће регулативе
- Значајна је у условима регулаторне транзиције, дерегулације и либерализације
- Један од највећих регулаторних преокрета настао је применом квазирегулације (разбијање АТ&Т-а)



Мотиви дерегулације

- Уверење да је конкуренција бољи начин да се надгледа тржиште и да се оствари веће друштвено благостање
- Промене у домену технологије (функције трошкова) и тражње
- Слабљење уверења да је економска регулација успешан начин да се промовише економска ефикасност и друштвено благостање
- Јавни интерес или јавни избор



Теорија јавног интереса

- Објашњење феномена економске регулација: она постоји како би заштитила јавни интерес
- Максимизација економске ефикасности и друштвене правде (неекономски циљеви)
- Постојање беневоолентне (регулаторне) државе и то:
 - Законодавне (регулаторне) власти
 - Извршне (регулаторне) власти



Теорија јавног избора

- У друштву постоје појединци и интересне групе са различитим интересима
- Они артикулишу сопствене приватне интересе и намећу их као јавне: то је тражња за регулацијом
- Понуду регулације пружају регулаторне власти, при чему они који чине те власти максимизују сопствену, а не друштвену корисност



Тражња за регулацијом

- Успешност организовања интересне групе
 - Величина интереса
 - Трошкови организовања
 - Величина интересне групе
 - Решавање проблема слепог путника
- Потрошачи као неуспешна интересне група
- Произвођачи као успешна: монопол је идеалан за становишта ефикасности



Понуда регулације

- Законодавне регулаторне власти и њихова спремност за сарадњу
- Регулаторна решења која иду у прилог најснажнијој интересној групи
- Концентрисани интерес и концентрисана државна интервенција (секторска регулација)
- Извршне регулаторне власти (начин примене регулаторних правила)



Овладавање регулатором

- Односи се на обе регулаторне власти, али се често подразумевају само извршне
- Професионална колегијалност између регулатора и регулисаних
- Долазе из корпорација и веома често се враћају у корпорације
- Велика вероватноћа да ће интереси регулисаног предузећа бити приоритет у односу на потрошаче



Равнотежна регулација

- Теорија предвиђа надметање интересних група, тако да никада не долази до потпуне победе једне
- Постоје елементи јавног интересе до којих се долази надметањем интересних група
- То је ненамеравана последица тог надметања, а не жељени циљ регулације
- Емпиријска истраживања: општа и студије случајева



Јавни избор и право конкуренције

- Право конкуренције није толико осетљиво на интересне групе као економска регулација
- Право конкуренције је универзално: заштита конкуренције, а не конкурената
- Мала могућност усредсређивања на поједине секторе: неизвесни исходи
- Изостављање сектора би било у интересу интересних група



Прво најбоље решење

- Право конкуренције као прво најбоље решење: произлази из конкуренције као најбољег решења надгледања тржишта
- Мање је оптерећено утицајем интересних група
- У мањој мери нарушава приватна својинска права (није инвазивно)
- Има мање информационе захтеве (мања је асиметрија информација)



Тврдо језгро регулације

- Постојање других циљева осим ефикасности: друштвена правда
 - Питање цена/тарифа
 - Питање обавезе универзалне услуге
- Постојање природних монопола
- Регулаторне обавезе као начин успостављања конкуренције у делатностима у којима су постојали интегрисани монополи (обавеза приступања)



Упоредна примена

- Начелно посматрано ово је најбоље решење: на сваку појаву може да се реагује на најбољи начин
- Право конкуренције је универзално, продире до сваког дела тржишта:
 - Индиректни (помоћни) метод економске регулације
 - Супериорно у погледу очувања и подстицања конкуренције
 - Није оптерећено неекономским циљевима
 - Није подложно интересним групама



Основни проблеми

- Отварају се могући сукоби у примери једног и другог механизма (право конкуренције и регулација као супститути)
- Питање надлежности установа у примени
- Елиминисање простора за самостално понашање учесника на тржишту (примена права конкуренције)
- Умањење простора за конкуренцију на регулисаном тржишту



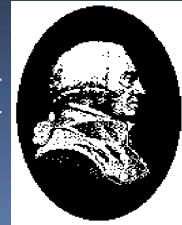
Начело упоредне примене

- *Lex specialis derogat legi generali* - право конкуренције се примењује у регулисаном сектору све док не дође у сукоб са економском регулацијом
- У пракси се процењује релативна целисходност примене (Goldwasswer, 2000)
- Доктрина регулаторне идеје: колики и који простор се препушта праву конкуренције (либерализација)



Разрађивање регулаторне идеје

- Скуп директива ЕО и Савета у погледу телекомуникација (2002-2012)
- Предвиђа се сложена међузависност права конкуренције и регулације:
 - Регулација се успоставља уколико само право конкуренције “није адекватно”
 - Право конкуренције се примењује на повреде конкуренције у регулисаним секторима
 - Циљ секторске регулације јесте да створи конкуренцију



Основни проблеми примене

- Регулисана предузећа немају слободу доношења пословних одлука
- Уколико је њихова повреда конкуренције последица поштовања упутстава регулатора, она не могу бити одговорна
- Само учесници на тржишту могу бити одговорни за повреду конкуренције, не и регулатори (законодавни и извршни)
- Сувереност регулатора (независно од грешака или намере)



Доношење одлуке

- Уколико секторска регулација постоји, одговор на питање да ли треба да се примени право конкуренције се декомпонује на два:
- Питање оправданости: да ли је учесник на тржишту толико регулисан да не може да доноси самосталне послове одлуке?
- Питање целисходности примене права конкуренције: да ли постоји гранична корист од примене права конкуренциј



Илустрација: маказе цена

- Појава (*margin squeeze*) у случају вертикално интегрисаних (природних) монопола, који обављају део својих активности на конкурентном тржишту (узводно или низводно)
- Иако својим конкурентима допушта приступ, манипулише veleпродајном ценом (висока) и малопродајном (ниска), како би избацио
- Облик предаторног формирања цена



Маказе цена: I приступ

- Маказе цена могу да се третирају као злоупотреба доминантног положаја
- Иако својим конкурентима допушта приступ, манипулише veleпродајном ценом (висока) и малопродајном (ниска), како би их елиминисао са тржишта
- Облик предаторног формирања цена коју омогућава интерно субвенционисање
- Реаговање је ex post, а може да садржи мере понашања и структурне мере



Маказе цена: II приступ

- Економска регулација маказе цена, начелно посматрано, може да реши проблем
- Основа је регулација великопродајне цене монополисте, уз ниво који му не омогућава интерно субвенционисање
- Потребна је регулација малопродајне цене и то само монополисте
- Регулација цене корпе производа није делотворна (случај Deutsche Telekom)



Питање надлежности (САД)

- У САД право конкуренције је на савезном нивоу, док је економска регулација и на савезном нивоу и на нивоу савезних држава (снажнија)
- Супериорност савезних закона (*pre-emption doctrine*), уколико закон државе представља *per se* кршење савезног закона (USSC, *Rice v. Norman Williams*, 458 US 644, 1982)
- Доктрина разборите процене (*Rule of reason*), тј. ефекти нису довољни



Изузимање регулације

- Изузимање на основу доктрине “state-action”,
- Своди се на то да су државе и њихова власт изузети из права конкуренције
- Уколико је држава (регулатор) наложио одређене цене и количине, право конкуренције не може да се примени (USSC, *Parker v. Brown*, 317 US 341, 1943)
- Право конкуренције се односи само на учеснике на тржишту, а не на државу



Утврђивање регулације

- Двостепени тест да ли се заиста ради о економској регулацији (USSC, *California Retail Liquor Dealers v. Midcal Aluminium*, 445 US 48m 1985):
 - Регулаторне обавезе морају бити јасно артикулисане као државна политике
 - Држава мора да активно надгледа спровођење те политике
- Није битан садржај те политике (суверено право државе) – доктрина *Noerr-Pennington*, 1961 и 1965



Релативизација изузећа

- Најновија пресуда Врховног суда (USSC, FTC v. Phoebe Putney Health systems, 2013) преноси разматрање на супстанцијални терен
- Потребно је да постоји јасно образложење сврхе повреде конкуренције у закону који доноси држава
- Позивање на фундаменталне вредности предузетништва и слободне конкуренције



Питање садржаја (САД)

- Доктрина упоредне примене (USSC, *US v. Borden*, 308 US 188, 1939) “увек када се два права односе на исту ствар, оба треба да се примене уколико је то могуће”
- Изузеће од права конкуренције може да постоји “само уколико је то потребно да би регулација деловала и то у најнижем могућем степену (USSC, *Silver v. NYSE*, 373 US 341, 1963



Промена доктрине?

- USSC, *Verizon v. Trinko*, 540 US 398, 2004
- Verizon није омогућио приступ својој фиксној мрежи, прекршио секторски закон и поднео регулаторну казну.
- Када економска регулација брине о заштити конкуренције (обавеза приступа), примена регулације изузима активност од примене права конкуренције
- Додатна корист од примене права конкуренције није велика



ОСНОВНИ НАЛАЗИ

- Ради се о регулаторном режиму који омогућава конкуренцију у циљу елиминисања монопола
- Право конкуренције (САД) ради само на спречавању недозвољене монополизације – регулација је боља по конкуренцију
- Регулаторна правила омогућавају кажњавање
- Лажно позитиван налаз - питање оспособљености и специјализације



Питање надлежности (ЕУ)

- Супериорност права ЕУ у односу на националне правне системе
- Право конкуренције ЕУ мора бити поштовано (део је СФЕУ)
- Обавеза земаља чланица не доносе регулативу која је у супротности са правом конкуренције ЕУ
- Европски суд прве инстанце (Deutsche Telekom, C-280/08) сматра да постоји комплементарност, уз *ex post* примену права конкуренције



Питање садржаја (ЕУ)

- Право конкуренције се примењује увек на све регулисане секторе и то *ex post*
- Чињеница да постоји економска регулација сектора га не изузима из примене права конкуренције
- Изузете су, само посебне гране (нуклеарна енергије, војна индустрија, пољопривреда), самим СФЕУ, постоји и у САД
- Учесници на тржишту морају да поштују и једне и друге прописе



Изузимање регулације

- Уколико је изричито забрањена примена права конкуренције: ризик законодавца
- Уколико сектор није отворен за конкуренцију: природни монопол, нема ефеката на конкуренцију – право конкуренције штити, али не ствара конкуренцију
- Уколико се не може применити на учеснике на тржишту – не односи се власти или резултат њихове присиле



Примена права конкуренције

- ЕУ агресивно примењује право конкуренције у регулисаним секторима, као средство поспешивања конкуренције
- Само потпуно уклањање пословне слободе значи изузеће
- Deutsche Telekom 2008, корпа, могао је да траћи повећање цене, Telefonica 2008 иако је имала обавезу снабдевања: члан 102
- Telekomunikacja Polska, 2011, неиспуњење регулаторних обавеза је повреда права конкуренције



Могући проблеми примене

- Право конкуренције није опремљено за друге циљеве осим ефикасности (асиметрични третмани итд)
- Може да увећа ризик за инвестирање у умањи безбедност снабдевања
- Везе у троуглу: ЕК, земља чланица, учесник на тржишту – земља прође без казне
- Приватне тужбе за накнаду штете у случају повреде права конкуренције



Последице упоредне примене

- Елиминисање одговорности у смислу права конкуренције
- Ниски гранични приноси права конкуренције
- Непостојање одговарајуће доктрине (неопходно постројење)
- Већа вероватноћа лажно позитивних налаза
- Дуплирање ресурса ангажованих у надгледању



Питање правне сигурности

- Могућност добијања противречних сигнала од две државне агенције
- Правна одговорност учесника на тржишту може бити последица регулаторног режима
- Кршење начела *ne bis in idem*
- Приватне тужбе за накнаду штете доводе до увећања ефективне казне
- Мере права конкуренције које нису или бар не могу да буду прикладне



Установе примене

- Основна подела посла
 - Тело за примену права конкуренције
 - Секторска регулаторна тела
- Могућност специјализације и стварања одговарајуће корпоративне културе
- Питање координације и надметања установа
- Исходи у погледу пословног окружења као последица тог надметања
- Потреба постојања судске контроле



Могућности интеграције

- Опција 1: секторски регулатори који примењују право конкуренције у својим секторима (Велика Британија)
- Опција 2: потпуно интегрисано тело које се бави и правом конкуренције и регулацијом свих/ већине сектора (Аустралија)
- Примењује се као привремено решење уколико се очекује пуна либерализација регулисаних сектора



Могућности сарадње

- Јединствена анализа индустријске организације сектора (тржишта) и њене перспективе коју користи и регулатор и тело надлежно за право конкуренције
- Концепција конвергенције права конкуренције и економске регулације: хибридизација
- Приступ инфраструктури као могући први кандидат



Србија на западу

- Припремање за пуну примену ЕУ права конкуренције
- ЕУ пракса упоредне примене права конкуренције и економске регулације као оквир
- Тражење специфичних регулаторних решења

