

Др Душан В. ПОПОВИЋ*

МОЋ КУПЦА И ЊЕНА УЛОГА У ПОСТУПКУ КОНТРОЛЕ КОНЦЕНТРАЦИЈА¹

Резиме

Предмет овог рада је анализа института моћи купца у контексту контроле концентрација, пре свега хоризонталних. Најпре ће бити анализирани различите концепције моћи купца, односно дефиниције овог појма у америчком, европском, британском и немачком праву конкуренције. Потом ће бити издвојени неки заједнички критеријуми за утврђивање постојања моћи купца, као што су: величина купца; значај купца за добављача; могућност промене добављача, вертикалне интеграције или помагања уласка новог учесника на тржишту; могућност одлагања поруџбина или престанка куповине других производа од добављача; и постојање подстицаја да се моћ купца испољи. Најзад, укратко ће бити представљене значајније одлуке донете у поступку контроле концентрација у праву Европске уније, у којима је питање моћи купца било подробније анализирано од стране Европске комисије. Ове одлуке могу послужити као својеврсна смерница и домаћем телу за заштиту конкуренције.

Кључне речи: право конкуренције, спајање учесника на тржишту, припајање учесника на тржишту, стицање контроле, концентрације, право Европске уније, антимонополска политика.

I Уводне напомене

Моћ купца (енгл. *countervailing buyer power*, франц. *pouvoir d'achat compensatrice*) је појам којим се обично описује способност учесника на тржишту да оствари повољније услове трговине у свом односу са доба-

* редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

1 Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду "Идентитетски преображај Србије". Аутор се захваљује проф. др Борису Беговићу на корисним коментарима и сугестијама.

вљачем. У почетном периоду развоја права конкуренције пажња како законодавца, тако и тела за заштиту конкуренције била је усмерена ка продајној страни тржишта, док је тек последњих година моћ купца постала предмет подробније анализе. Један од разлога за посвећивање веће пажње овом питању крије се у чињеници да су последњих година у многим секторима привреде добављачи суочени са све моћнијим купцима. Појава таквих „великих купаца“ свакако може имати штетне последице по мање конкуренте, али може штетити и примарним произвођачима и препродавцима који ће због тога имати мање алтернативних продајних канала ка крајњим потрошачима. Увећање тржишне моћи тако је омогућило купцима да умање профит који остварују њихови добављачи, као и да донекле ограниче њихову слободу уговарања.

Све до краја двадесетог века пажња академске јавности, али и тела за заштиту конкуренције није била усмерена ка феномену моћи купца. Тек последњих година напуштено је поједностављено посматрање тржишта у коме се произвођач директно обраћа крајњем потрошачу, те је пажња усмерена ка различитим нивоима дистрибутивног ланца на којима купац може испољавати своју моћ. Супротно моћи продавца, која често може довести до штетних последица по потрошаче, моћ купца по правилу користи потрошачима. На пример, малопродајни ланци као купци могу довести до снижења цена, што погодује крајњим потрошачима. Посматрано из овог угла, могло би се тврдити да тела за заштиту конкуренције заправо не треба да се баве питањем моћи купца, те да је реч о појави коју малтене треба стимулирати. Наравно, и овде је реч о крајње поједностављеном погледу на питање моћи купца. Преовлађујући став теорије и праксе, са којим се слажемо, јесте да питање моћи купца треба анализирати у контексту конкретног предмета, те да се не може сматрати да је ова особина купца *per se* корисна или штетна по конкуренцију на тржишту.

Предмет овог рада није свеобухватна анализа феномена моћи купца. Рад ће се ограничити на испитивање моћи купца у контексту контроле концентрација, пре свега хоризонталних. Моћ купца може бити релевантна и приликом испитивања нехоризонталних концентрација, као и приликом спровођења поступка за утврђивање злоупотребе доминантног положаја. Закључци до којих ћемо доћи у вези са испитивањем овог института у контексту хоризонталних концентрација највећим делом важе и у друга два типа поменутих поступака. Најпре ће бити анализиране различите концепције моћи купца, односно дефиниције овог појма у америчком, европском, британском и немачком праву конкуренције

(вид. поглавље II). Потом ће бити издвојени неки заједнички критеријуми за утврђивање постојања моћи купца. (вид. поглавље III). Најзад, укратко ће бити представљене значајније одлуке донете у поступку контроле концентрација у праву Европске уније, у којима је питање моћи купца било анализирано од стране Европске комисије. Ове одлуке могу послужити као својеврсна смерница и домаћем телу за заштиту конкуренције (вид. поглавље IV).

II Дефиниција института моћи купца у упоредном праву

Моћ купца могла би се дефинисати као купчева снага испољена у преговорима са продавцем, која потиче од купчеве величине, пословног значаја који има за продавца, као и од његове способности да промени добављаче. „Екстремни“ облик моћи купца, тј. ситуација у којој више добављача послују само са једним купцем, назива се монопсоном. У контексту контроле концентрација, може се закључити да, у поређењу са монопсоном, стандардни облик моћи купца углавном повољно утиче на конкуренцију на тржишту, пошто представља противтежу увећаној тржишној моћи продавца који је учествовао у концентрацији. Због тога је питање моћи купца у упоредном праву често уређено прописима из области контроле концентрација.

Подсетимо, основни разлог за контролу концентрација лежи у њеним могућим негативним ефектима на конкуренцију. Постоје два основна негативна ефекта концентрација – једнострани (унилатерални, некоординативни) и координативни ефекти. Под једностраним ефектима подразумева се јачање тржишне моћи учесника захваљујући спроведеној концентрацији. Таква тржишна моћ се затим може (али не мора!) злоупотребити. Нарушавање конкуренције које би из овог ефекта концентрације могло да произађе назива се једностраним, пошто је резултат једностраних активности учесника на тржишту који је настао концентрацијом. С друге стране, координативни ефекти подразумевају увећање вероватноће настанка и одржања картела услед смањења броја учесника на тржишту након спроведене концентрације. Наиме, координација активности учесника на тржишту биће олакшана пошто ће број учесника на тржишту након спроведене концентрације бити мањи.²

2 Приликом спровођења поступка контроле концентрација не би требало занемарити чињеницу да оне могу увећати економску ефикасност, због чега треба правилно самерити негативне ефекте (губитке на плану конкуренције) и позитивне ефекте (добитке на плану економске ефикасности). Такође, дејства концентрације су дугорочна, продужена, због чега

У наставку рада анализираћемо дефиниције појма моћи купца у праву конкуренције Сједињених Америчких Држава, Европске уније, Немачке и Велике Британије.

1. Право Сједињених Америчких Држава

У праву Сједињених Америчких Држава, институт моћи купца уређен је Смерницама Министарства правде и Савезне трговинске комисије о хоризонталним концентрацијама.³ У Смерницама се најпре наводи да моћни купци често могу преговарати о повољнијим условима трговине са својим добављачима. Ти повољнији услови трговине могу бити последица нижих трошкова пословне сарадње са таквим купцима, али могу представљати и резултат ценовне дискриминације у њихову корист. Моћни купци могу ограничити способност учесника на тржишту насталог концентрацијом да повећа цене. То се, на пример, може догодити када моћни купци имају способност и намеру да се вертикално интегришу, као и у случају када присуство моћних купаца на тржишту умањује координативне ефекте.⁴ Међутим, постојање моћног купца само по себи не може неутралисати сва негативна дејства која могу проizaћи из једне концентрације. Како се у Смерницама наводи, чак и купци који могу преговорима са продавцем постићи повољније услове трговине могу трпети негативне последице због увећања тржишне моћи продавца до ког је дошло спровођењем концентрације. Тело за заштиту конкуренције треба да анализира које све канале набавке има на располагању такав купац, односно да ли ће се и како алтернативни канали набавке изменити након спровођења концентрације. По правилу, уколико спровођењем концентрације нестаје добављач чије постојање је значајно доприносило преговарачкој снази купца, моћ тог купца биће умањена.

У Смерницама САД о хоризонталним концентрацијама наводе се и два примера у вези са моћи купца. Први пример односи се на ситуацију у којој је купац, у периоду пре спровођења концентрације између његова два добављача, успео да обезбеди ниже цене производа тако што је једном

пажња тела за заштиту конкуренције не треба да буде усмерена само на краткорочне ефекте које концентрација производи на релевантном тржишту. Више о разлозима за контролу концентрација: Б. Беговић, В. Павић, *Увод у право конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012, 96-98.

3 Министарство правде САД, Савезна трговинска комисија, *Смернице о хоризонталним концентрацијама* (надаље, *Смернице САД о хоризонталним концентрацијама*), 2010, § 8.

4 *Ibid.*

добављачу (учеснику касније концентрације) претио да ће, уколико не снизи цене, своје потребе задовољавати код другог добављача (учесника касније концентрације). Ниједан други добављач није могао да одговори на потребе купца, у смислу обима испоруке и поузданости. Када при таквом чињеничном стању два поменућа добављача спроведу концентрацију, она може имати штетне последице по описаног купца. Тело за заштиту конкуренције може дефинисати тржиште ценовне дискриминације на којем је присутан описани купац, али и други купци у сличној позицији. У том случају, концентрација би могла да доведе до престанка ценовне дискриминације вршене у њихову корист.⁵ Други пример који се у вези са моћи купца наводи у Смерницама надовезује се на претходни. Наиме, уколико би при претходном чињеничном стању, посматрани купац и након спроведене концентрације између два добављача успео да обезбеди повољне цене, тј. ценовну дискриминацију у своју корист, било тако што би ставио у изглед да ће сам задовољити сопствене потребе за производом или тако што ће помоћи улазак новог добављача на тржиште, спроведена концентрација не би имала штетних последица по посматраног купца, али би могла имати штетне последице по остале купце. Тело за заштиту конкуренције стога треба да испита да ли тржишна моћ коју има учесник настао концентрацијом може бити вршена на штету осталих купаца.⁶ Чини се, пак, да би даља анализа зависила од фактора који нису подробније анализирани на овом месту у Смерницама, као што су присуство других конкурената на тржишту или (не)постојање баријера уласку.⁷

2. Право Европске уније

Институт моћи купца уређен је у праву конкуренције Европске уније Смерницама о испитивању хоризонталних концентрација.⁸ У Смерницама се моћ купца најпре дефинише на начин сличан праву САД и то као купчева снага испољена у преговорима са продавцем, која потиче од купчеве величине, економског значаја који има за продавца, као и од његове способности да промени добављаче. Европска комисија затим наводи

5 Вид. Смернице САД о хоризонталним концентрацијама, § 8, пример бр. 22.

6 *Ibid*, пример бр. 23.

7 За подробнију анализу релевантних одлука донетих у поступку контроле концентрација у САД вид. J. B. Kirkwood, "Powerful buyers and merger enforcement", *Boston University Law Review* 92/2012, 1483-1560.

8 Европска комисија, Смернице о испитивању хоризонталних концентрација према Уредби Савета о контроли концентрација између учесника на тржишту (надаље, Смернице ЕУ о хоризонталним концентрацијама), *Сл. лист ЕУ* бр. С31, 2004, § 64-67.

неколико примера из своје праксе у којима је моћ купца била релевантан критеријум за оцену допуштености концентрације. Тако Комисија сматра да извор моћи купца може бити кредибилна претња да ће у разумном временском року променити добављача, тј. окренути се алтернативним изворима снабдевања уколико посматрани добављач повећа цене, умањи квалитет производа или на други начин погорша услове испоруке. То, на пример, може бити случај када би купац могао да се одмах окрене другим добављачима, да увери добављача да ће се вертикално интегрисати на узводном тржишту или да помогне улазак новог добављача на тржиште тако што ће се, на пример, обавезати да ће од новог учесника на тржишту набављати значајну количину производа.⁹ На сличан пример наишли смо и у Смерницама САД о хоризонталним концентрацијама. Смернице Европске уније, међутим, наводе и две специфичне ситуације, које нису описане у америчком акту. Први пример односи се на такво испољавање моћи купца које се састоји у одбијању да се купе *други* производи од добављача или у одлагању наручивања производа.¹⁰ У другом примеру описује се ситуација у којој купац не би имао интереса да врши своју моћ према добављачу тако што би помогао улазак новог добављача на повезано тржиште, пошто би такав улазак новог учесника на тржишту користио и *његовим* (купчевим) конкурентима.¹¹ Најзад, у Смерницама Европске уније о хоризонталним концентрацијама наводи се да се постојање моћи купца мора доказати не само пре спровођења концентрације, већ и након ње, јер концентрација два добављача може значајно умањити моћ купца уколико се њом уклања кредибилни алтернативни канал куповине.

3. Право Немачке

Немачко право конкуренције познаје институт моћи купца и користи га као један од критеријума приликом оцене допуштености концентрација учесника на тржишту. Практика немачког тела за заштиту конкуренције у вези са институтом моћи купца изложена је у Смерницама о материјалноправним аспектима контроле концентрација.¹² У Смерницама се најпре наводи да моћ купца може постојати када учесници у концентрацији послују са великим купцем који куповине обавља стратешки. Међутим,

9 *Ibid*, § 65.

10 *Ibid*.

11 *Ibid*, § 66.

12 Комисија за заштиту конкуренције Немачке (нем. *Bundeskartellamt*), Смернице о материјалноправним аспектима контроле концентрација, део Б, поглавље I, одељак 4. Превод Смерница на енглески језик доступан је на сајту Комисије: <https://www.bundeskartellamt.de> (13.3.2019).

тржишна моћ природног монопола може само у изузетним приликама бити ограничена путем моћи купца.¹³

Да би купац имао моћ да ограничи тржишну моћ добављача, потребно је да претходно буде испуњено неколико услова. Најпре, купац мора за добављача бити значајан, у том смислу што учесници у концентрацији, у случају престанка пословне сарадње са таквим купцем, не би могли да нађу алтернативног, упоредивог купца (купце) у кратком року. Други услов, на који смо наишли и у америчким смерницама и у смерницама ЕУ, односи се на способност купца да промени добављача, да се вертикално интегрише или да помогне улазак новог добављача на тржиште. Алтернативни добављачи морају бити способни да понуде производ једнаког квалитета и у довољним количинама да задовоље потребе купца. Такви алтернативни добављачи не морају бити спремни да одмах уђу на релевантно тржиште, пошто и сама претња појавом новог учесника на тржишту може остварити жељени ефекат. Такође, сâмо стављање у изглед вертикалне интеграције може понекад бити довољно да се ограничи тржишна моћ учесника у концентрацији. У Смерницама се закључује да кредибилност претње да ће купац помоћи улазак новог добављача на тржиште или да ће спровести вертикалну интеграцију зависи од више фактора, а пре свега од времена потребног за реализацију таквог плана и од финансијских средстава неопходних да се он оствари.¹⁴

4. Право Велике Британије

У британском праву конкуренције, институт моћи купца уређен је националним Смерницама о испитивању концентрација.¹⁵ У Смерницама се најпре наводи да је постојање моћи купца фактор који смањује вероватноћу за утврђивањем значајног умањења конкуренције приликом испитивања концентрације. Уколико се моћ купца, и након што добављачи спроведу концентрацију, може идентификовати код свих купаца, по правилу неће доћи до значајног слабљења конкуренције које би наступило као последица концентрације. Међутим, таква ситуација се у пракси јавља ретко. Чешћа је ситуација у којој само један или само неки од купаца „задржа-

13 *Ibid*, § 79.

14 *Ibid*, § 80.

15 Уред за фер трговину (данас, Уред за конкуренцију и тржишта; енгл. *Competition and Markets Authority*), Смернице о испитивању концентрација, 2010, OFT 1254, одељак 5.9.

вају“ моћ након што добављачи спроведу концентрацију. Тада треба испитати да ли моћ тог купца/тих купаца може „заштитити“ и остале купце.¹⁶

Слично прописима САД и Европске уније, у британским Смерницама се као могући извор моћи купца наводи могућност једноставне промене добављача, као и могућност да се на други начин отежа или спречи добављачево нежељено понашање. Могућност једноставне промене добављача постоји уколико на тржишту има алтернативних добављача којима би се купац могао окренути или уколико купац може потпомоћи улазак новог добављача на тржиште. Уколико не постоји могућност једноставне промене добављача, купци ипак могу отежати положај учесника на тржишту произашлог из концентрације тако што ће, на пример, престати да купују друге производе од њега или тако што ће, у случају малопродајног сектора, позиционирати његове производе у мање атрактивним деловима продајних објеката.¹⁷ У Смерницама се подсећа на чињеницу да моћ купца не мора увек постојати у случају када је купац „већи“ учесник на тржишту од добављача. Понекад сама концентрација може умањити моћ купца, тако што ће ограничити купчев подстицај да примени неку од претходно описаних стратегија (нпр. помагање уласка новог добављача на тржиште). Надаље, у Смерницама се закључује да је великим купцима лакше да испољавају своју моћ применом стратегије помагања уласка новог добављача на тржиште или стратегије вертикалне интеграције, док мањи купци пре могу одабрати стратегију промене добављача (међу постојећим добављачима на тржишту).¹⁸

Најзад, у британским Смерницама о испитивању концентрација се анализира утицај директних преговора између добављача и моћног купца на остале купце присутне на релевантном тржишту (тзв. ефекат кишобрана). Наиме, уколико купац и добављач директно преговарају, моћ коју има тај купац по правилу неће користити осталим купцима на тржишту, тј. дејство моћи купца биће ограничено, индивидуализовано. Уколико, пак, нема билатералних преговора између добављача и купца, а цена производа је транспарентна свим добављачима и купцима, моћ купца може постојати као пука последица величине купца. Тада моћ једног купца може штитити остале купце који такву моћ немају, тако што ће спречити повећање цене производа који плаћају сви купци.¹⁹

16 *Ibid*, § 5.9.1.

17 *Ibid*, § 5.9.3.

18 *Ibid*, § 5.9.5.

19 *Ibid*, § 5.9.7.

III Заједнички критеријуми за утврђивање постојања моћи купца

Анализом смерница за оцену концентрација које примењују тела за заштиту конкуренције у Сједињеним Америчким Државама, Европској унији, Немачкој и Великој Британији издвојили смо неколико заједничких критеријума за утврђивање постојања моћи купца. То су: величина купца (вид. одељак 1), значај купца за добављача (вид. одељак 2), могућност промене добављача, вертикалне интеграције или помагања уласка новог учесника на тржишту (вид. одељак 3), могућност одлагања поруџбина или престанка куповине других производа од добављача (вид. одељак 4) и постојање подстицаја да се моћ купца испољи (вид. одељак 5).

1. Величина купца

Величина купца не указује нужно на постојање моћи купца. Уколико, након спровођења концентрације између добављача, купац нема одговарајући алтернативни извор снабдевања, сама величина му неће помоћи да избегне штетне ефекте увећања тржишне моћи добављача. Једноставно упоређивање степена концентрисаности на страни понуде и степена концентрисаности на страни тражње често може довести до погрешних закључака о постојању моћи купца. На пример, уколико након спровођења концентрације између добављача на тржишту буду присутна два купца и два добављача, поједностављена анализа водиће закључку да постоји моћ купца. Међутим, уколико су производи диференцирани и само производи учесника у концентрацији могу задовољити потребе купца, купац и поред своје величине и чињенице да је степен концентрисаности на купчевој страни једнак ономе на страни добављача, неће имати одговарајући алтернативни извор снабдевања.²⁰ Чак и када је степен концентрисаности на страни купаца много мањи него на страни добављача, моћ купца може постојати и то не због величине купца већ због постојања одговарајућих алтернативних извора снабдевања. Према томе, мањим купцима чак може бити лакше да промене добављача, пошто потражују мање количине производа. С друге стране, велики купци морају пронаћи такав алтернативан извор снабдевања који може задовољити њихове велике потребе за релевантним производом, што некада није могуће. Имајући претходно речено у виду, можемо закључити да величина купца није преовлађујући критеријум за утврђивање постојања моћи купца, те тела за заштиту конкурен-

20 Вид. такође: R. Inderest, G. Shaffer, "Buyer power in merger control" in "Issues in competition law and policy", ABA Antitrust Section Handbook, 2008, поглавље XX, 12-13.

ције приликом испитивања концентрација треба да се усредсреде на друге критеријуме, а пре свега постојање алтернативних извора снабдевања (стварних или потенцијалних конкурената учесницима у концентрацији), који би учинили купчеву претњу замене добављача кредибилном.

2. Значај купца за добављача

Значај купца за добављача може бити утврђен приликом анализе координативних ефеката концентрације добављача. Наиме, купац би могао да испољи своју моћ и ограничи координативне ефекте концентрације добављача тако што би стратешки пласирао своје наруџбине производа, на пример проређујући их, због чега би и контакти између добављача били проређени а могућност договарања ослабљена. И супротно понашање купца могло би имати исти ефекат. На пример, купац би могао да повећањем количине производа коју набавља створи подстицај за добављача да напусти картелски споразум о цени производа. Добављачу би тада било важније да управо он буде одабран од стране купца за задовољење његових увећаних потреба за релевантним производом, него да се придржава цене договорене са осталим добављачима. Најзад, значај купца за добављача може бити утврђен и приликом анализе једностраних (унилатералних) ефеката концентрације. Тржишна моћ добављача који спроводе концентрацију могла би бити ограничена уколико купац има одговарајући алтернативни извор снабдевања или уколико би могао да одложи постизање споразума са добављачем (нпр. одлажући набавке).

3. Могућност промене добављача, вертикалне интеграције или помагања уласка новог учесника на тржишту

Већ је поменуто да могућност промене добављача и могућност помагања уласка новог учесника на тржишту по правилу постоји за „велике“ купце. Тела за заштиту конкуренције овај критеријум често испитују у оквиру фазе испитивања постојања препрека за улазак на тржиште. Дакле, требало би утврдити да ли моћ купца може умањити препреке за улазак на тржиште или умањити препреке за тржишну експанзију. У случају када би за купца алтернатива добављачима који спроводе концентрацију била замена једног инпута другим, требало би проверити да ли је релевантно тржиште исправно дефинисано или би можда оба инпута требало да њиме буду обухваћена.

4. Могућност одлагања поруџбина или престанка куповине других производа од добављача

Приликом испитивања да ли купац има могућност одлагања поруџбина или престанка куповине *других* производа од добављача који спроводе концентрацију намеће се питање због чега се купац, у случају да је таква могућност постојала и пре него што су добављачи спровели концентрацију, није тако раније понашао. Чини се да се одговор крије у чињеници да су добављачи (А, Б) пре спровођења концентрације били независни ентитети, те да је купац своју моћ исказивао на други начин - кроз инхерентну претњу заменом добављача А добављачем Б. Посматрана концентрација лишава купца могућности промене добављача, те ће моћ купца након концентрације постојати само уколико купац може помоћи улазак новог учесника на тржиште или наћи другог алтернативног добављача међу онима који не учествују у посматраној концентрацији.

5. Постојање подстицаја да се моћ купца испољи

Не треба претпостављати да ће купац који може ограничити тржишну моћ учесника у концентрацији увек то и чинити. Поред способности да се тржишна моћ добављача ограничи, мора постојати и подстицај за таквим понашањем. На пример, уколико је узводно тржиште, на коме су присутни добављачи производа, изузетно концентрисано, а низводно тржиште, на коме су присутни купци производа, конкурентно, велики купци не би имали подстицаја да врше своју моћ тако што би предузимали радње које би заштитиле све купце, пошто би заправо имали користи од раста трошкова са којим би се суочили њихови мањи конкуренти. До раста трошкова мањих купаца би дошло услед тога што добављач, након спроведене концентрације, не би морао да им одобрава попусте, као што би то чинио великим купцима у циљу њиховог одвраћања од промене добављача или помагања уласка новог добављача на тржиште.²¹

IV Осврт на праксу Европске комисије

Из релативно скромне праксе Европске комисије у вези са контролом концентрација током које је дошло до подробнијег анализирања ути-

21 Вид. нпр. одлуку Европске комисије, *Friesland Foods/Campina*, предмет бр. COMP/M5046, 12. децембар 2008. год., § 276. За подробнију анализу ове одлуке вид. С. Binet, *Buyer power in EU competition law: a boon or impediment to consumer welfare?*, UC Louvain, 2014, 188-197, необјављена докторска дисертација доступна на сајту универзитета: <https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/en/object/boreal%3A156352> (15.3.2019).

цаја моћи купца на конкуренцију на тржишту, тј. могућа дејства концентрације на конкуренцију, издвајамо одлуке донете у два предмета – *Friesland/Kampina* и *Enso/Stora*. Одлука у првопоменутом предмету донета је у време када су важеће Смернице ЕУ о испитивању хоризонталних концентрација већ биле на снази, док је другопоменута одлука донета раније, тако да је, између осталог, послужила као основ Европској комисији за израду Смерница, које смо анализирали у првом поглављу овог рада.

1. Предмет *Friesland/Kampina*

У предмету *Friesland/Kampina* Европска комисија је анализирала концентрацију између два велика холандска произвођача млечних производа. Планирана концентрација односила се на целокупан ланац производње млечних производа, почев од сировог млека, преко млека као основног производа намењеног потрошачима, различитих млечних производа (сира, крема, бутера) и, најзад, материја које се добијају током производње а које имају примену у прехранбеној индустрији (нпр. различите емулзије) и фармацеутској индустрији (нпр. лактоза). Учесници у концентрацији су у својој пријави изнели тврдњу да би моћ купца коју имају највећи малопродајни трговински ланци спречила пораст цена њихових производа, нарочито због тога што малопродајни ланци пласирају значајну количину производа под тзв. приватном робном марком. Учесници у посматраној концентрацији производили су 60-70% производа који су се потрошачима пласирали под приватном робном марком малопродајних трговинских ланаца.²²

У својој одлуци, Европска комисија је подсетила на чињеницу да моћ купца почива на претпоставци да моћни купац може себе, али и крајње потрошаче, заштитити од нежељених промена у условима снабдевања релевантним производом, које би могле уследити након спроведене концентрације добављача. Након спроведене анализе релевантног тржишта, Комисија је закључила да сви учесници на тржишту не могу бити окарактерисани као велики купци, те да би они малопродајни ланци који купују мале количине свежег млека од добављача тешко могли да испоље моћ купца. Наиме, уколико добављачи након спроведене концентрације не би успели да се са таквим малим купцима споразумеју о условима продаје, лако би односне количине производа продали другим купцима са којима сарађују. Поврх тога, Европска комисија је закључила да чак и у

22 Европска комисија, *Friesland Foods/Campina*, § 269-273.

случају да већи купци успеју да испоље моћ купца захваљујући својој величини или софистициранијој стратегији куповине, нема доказа да би од тога имали користи и преостали купци. Наиме, учесник на тржишту настао концентрацијом не би морао да малим купцима даје оне попусте које би давао великим купцима, како би их одвратио од промене добављача. Пошто је малопродајно тржиште свежег млека релативно конкурентно, као што је показала анализа Европске комисије, конкуренција на тржишту би приморала веће трговинске ланце да предузму мере како би једино себе заштитили од неповољних промена у условима снабдевања.²³

У одлуци се даље наводи да би концентрација два добављача онемогућила купце да латентном претњом замене једног добављача другим постигну повољније услове трговине, као што су то чинили у периоду који је претходио концентрацији. Поред два добављача који учествују у пријављеној концентрацији, у Холандији није постојао други, алтернативни добављач упоредивих капацитета коме би се купци могли окренути, због чега је пријављена концентрација умањивала могућност купаца да „дисциплинују“ добављаче претњом замене једног добављача другим. Комисија је утврдила да претходно важи како у погледу брендираних производа, тако и у погледу производа који се означавају приватном робном марком малопродајних ланаца (купаца).²⁴

Комисија је испитивала и постоји ли могућност вертикалне интеграције купаца и примарних произвођача сировог млека, што би могло одвратити добављача насталог концентрацијом од погоршавања услова трговине. Претња вертикалном интеграцијом нарочито има ефекта уколико купац и сам у мањим количинама производи релевантни производ, који највећим делом набавља од учесника у концентрацији. Претња вертикалном интеграцијом је тада кредибилнија, пошто купац располаже релевантним информацијама о производном процесу које може искористити у преговорима са добављачем. Међутим, након анализе чињеничног стања у овом предмету, Комисија је закључила да претња вертикалном интеграцијом није кредибилна, пошто малопродајни трговински ланци нити делом самостално производе млеко и млечне производе, нити одржавају уговорне односе са индивидуалним произвођачима сировог млека. Млеко и млечни производи су само мали део асортимана малопродајних трговинских ланаца у Холандији (и другде), због чега они

23 *Ibid*, § 274-276.

24 *Ibid*, § 278.

немају подстицаја за таквом специјализацијом.²⁵ Поврх тога, Комисија није идентификовала ниједног потенцијалног конкурента који би у кратком року могао да уђе на холандско тржиште производње сировог млека.

Анализа Комисије показала је да би, у случају неуспеха преговора између добављача насталог концентрацијом и великих купаца у вези са испоруком свежег млека, добављач лакше пронашао алтернативне купце због неопходности, одн. незаобилазности свог основног производа (свежег млека). Комисија је такође истакла да, иако се начелно може рећи да моћ купца расте с порастом његове величине, може се десити и да великом купцу буде теже да пронађе алтернативне изворе снабдевања, због својих увећаних потреба за релевантним производом. Анализирајући утицај моћи купца на тржишну моћ учесника који би произашао из пријављене концентрације, Европска комисија се исправно усредсредила на (не)постојање алтернативних извора снабдевања којима би се купци могли окренути, уместо на сâму величину купаца. Закључци до којих је Комисија дошла ипак су највише зависили од тржишног учешћа учесника у концентрацији на различитим тржиштима на којима су присутни, као и од присуства потенцијалне конкуренције. Због тога је анализа моћи купца заправо била део анализе структуре тржишта и баријера уласку на њега.

Након што је прихватила понуђене структурне услове и услове који се односе на понашање учесника, Европска комисија је одобрила концентрацију *Friesland/Kampina*.

2. Предмет *Enso/Stora*

У предмету *Enso/Stora* Европска комисија је испитивала концентрацију између два велика добављача дрвета и дрвних прерађевина.²⁶ Анализа Комисије показала је да би, након спроведене концентрације, степен концентрисаности на обе стране тржишта био подједнак: постојао би по један велики и два мања учесника. Комисија је затим испитивала да ли би сваки од купаца након спроведене концентрације добављача и даље могао да испољава моћ купца. Комисија је закључила да би највећи купац, компанија „Тетрапак“, и након спроведене концентрације испољавао моћ купца. Овај закључак Комисија је извела преваходно ослањајући се на чињеницу да је „Тетрапак“ куповао преко 50% укупних количина произведених у Европи од стране учесника у концентрацији. Коми-

25 *Ibid*, § 284-285.

26 Европска комисија, *Enso/Stora*, предмет бр. IV/M.1225, 25. новембар 1998. год.

сија је истакла да је, услед изражених фиксних трошкова при производњи дрвета и дрвних прерађевина, потребан високи степен искоришћености капацитета како би се постигла адекватна профитабилност (опаданњем фиксних трошкова, тако што би фиксни трошкови били алоцирани на већи број јединица, услед увећаног обима производње). Због тога би добављачима било тешко да у кратком року замене великог купца другим. Комисија је такође истакла да би „Тетрапак“ могао да временом постигне да неки постојећи или нови добављач почне да му испоручује велике количине релевантног производа, уколико би учесници у концентрацији одлучили да повећају цене.²⁷

Анализа Европске комисије показала је да способност „Тетрапака“ да промени добављача (или да прети променом добављача) превасходно зависи од (не)постојања других извора снабдевања. Притом, велике количине производа које су „Тетрапаку“ неопходне отежавале би окретање алтернативном снабдевачу, пошто није извесно да би други добављачи могли да задовоље „Тетрапакове“ потребе за релевантним производом. С друге стране, како би оценила могућност помагања уласка новог добављача на тржиште или помагања постојећем добављачу да повећа своје капацитете, Европска комисија је испитивала постојање баријера уласку на тржиште као и баријера тржишној експанзији постојећих добављача. Ипак, Комисија је закључила да је „Тетрапак“ већ вршио моћ купца у периоду који је претходнио пријављеној концентрацији, желећи да ограничи тржишну моћ два добављача. Због тога би концентрација којом нестаје „Тетрапаков“ најважнији алтернативни извор снабдевања свакако донекле умањила његову моћ купца.

У одлуци Европске комисије истиче се да је „Тетрапак“, као највећи купац, био упознат са структуром трошкова, имајући у виду дуготрајност трговинских односа између њега и учесника у концентрацији.²⁸ Ипак, чини се да је такво познавање начина пословања добављача од мале користи, уколико не постоји алтернативни добављач коме би се купац могао окренути. Такође, Комисија је закључила да би „Тетрапак“ имао подстицаја да врши своју моћ у корист свих купаца (на тржишту су била присутна и два мања купца). Наиме, „Тетрапакови“ конкуренти би, у случају повећања цена производа добављача, могли заменити релевантан производ пластичном амбалажом, која је доступна на низводном тржишту. Због тога би се евентуална „Тетрапакова“ одлука да не врши

27 *Ibid*, § 84, 89.

28 *Ibid*, § 87, 91.

своју моћ купца у случају повећања добављачевих цена могла показати непрофитабилном, јер би се мањи купци могли окренути алтернативном типу амбалаже како би избегли веће трошкове.²⁹

Имајући претходно у виду, Европска комисија је одобрила концентрацију *Enso/Stora*.

V Завршне напомене

Пракса иностраних тела за заштиту конкуренције, као и смернице за оцену концентрација, које су на тој пракси засноване, указују на неколико заједничких критеријума за утврђивање постојања моћи купца. То су: величина купца; значај купца за добављача; могућност промене добављача, вертикалне интеграције или помагања уласка новог учесника на тржишту; могућност одлагања поруцбина или престанка куповине других производа од добављача; и постојање подстицаја да се моћ купца испољи. У државама у којима не постоји вишедеценијска традиција заштите конкуренције, као што је наша, било би сврсисходно када би подзаконским актима (смерницама) подробније био уређен овај институт, анализом поменутих критеријума за утврђивање моћи купца.

У одлукама тела за заштиту конкуренције моћ купца се ретко када засебно анализира. Чешћи је случај да се о моћи купца закључује помало узгредно, током фазе дефинисања релевантног тржишта или утврђивања постојања потенцијалне конкуренције. Понекад учесници у концентрацији у својој пријави истичу постојање моћи купца као један од разлога у прилог одобравању пријављене концентрације. У том случају се тело за заштиту конкуренције мора изјаснити о питању моћи купца, те спровести темељну анализу која ће показати да ли је моћ купца постојала пре спровођења концентрације и да ли ће постојати након што концентрација буде спроведена. Том приликом, тело за заштиту конкуренције никако се не сме повести за аргументом величине купца, јер сама величина купца, као што је више пута истакнуто у нашем раду, не мора нужно указивати на присуство моћи купца.

Приликом испитивања моћи купца акценат треба ставити на (не)постојање алтернативних извора снабдевања, било кроз окретање купца другом, постојећем добављачу, било путем помагања уласка новог добављача на тржиште, било путем вертикалне интеграције. Уколико посматрани купац може да се вертикално интегрише, тело за заштиту конкурен-

²⁹ *Ibid*, § 91.

ције може закључити да би такав потез довео до превазилажења баријера уласку на тржиште. Међутим, то не мора нужно значити да би тело за заштиту конкуренције закључило да је таква моћ купца довољна за ограничавање тржишне моћи добављача који спроводе концентрацију. Моћ купца могла би бити оцењена као недовољна, уколико корист од вертикалне интеграције посматраног купца не би имали и други купци присутни на тржишту. Уколико би, пак, посматрани купац могао да помогне улазак новог добављача на тржиште или експанзију постојећег добављача, тако што би се дугорочно обавезао на куповину велике количине релевантног производа од њега, тело за заштиту конкуренције би, по правилу, закључило да посматрани купац испољава моћ довољну за ограничавање тржишне моћи учесника у концентрацији. Таква моћ посматраног купца користила би и другим купцима присутним на тржишту, јер би се на страни понуде појавили додатни капацитети.

Dušan V. POPOVIĆ, Ph.D

Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law

BUYER POWER AND ITS ROLE IN MERGER CONTROL

Summary

The present paper examines the concept of countervailing buyer power in merger control (particularly with respect to horizontal mergers). The paper starts with the analysis of buyer power phenomenon in US, EU, German and UK competition law. Following this analysis, several common criteria for identification of countervailing buyer power have been forwarded: buyer size; importance of buyer to the seller; possibility to switch suppliers, sponsor entry or integrate upstream; ability to refuse to buy other products or delay purchases; and incentives to use buyer power. Finally, the paper addresses several decisions in which the European Commission thoroughly analyzed the existence of countervailing buyer power. These decisions could serve as guidelines to the Serbian Competition Authority in future similar cases.

Key words: *competition law, mergers and acquisitions, concentrations, European Union law, antitrust.*