

ZNAČAJ NOVOG SIEC TESTA U POSTUPKU KONTROLE KONCENTRACIJA *

Abstract

In 2004, the European Commission had adopted the new EC Merger regulation introducing a new substantive test for merger control. The test is called the significant impediment of effective competition, that is, the SIEC test. The test represents a simple but rather creative European-style solution. It redefined the wording of the old dominance test, thus, achieving two aims: upholding the established good practice and case law of the European Commission and EU courts regarding the dominance test, whilst explicitly instructing and enabling the European Commission to take a more effects-based approach when assessing mergers.

Following suit, in 2005, the Serbian Parliament had adopted the new Law on Competition Protection, which was subsequently amended in 2009. Both the original Serbian Law and its amendment are a transcription of EC antitrust rules, including the new SIEC test.

The significance of the substantive test is in its role in merger control. Namely, the scope and depth of the substantive analysis of a proposed merger before a competition authority mainly depends on the definition and standards envisaged by a certain test.

The reasons for reform of the old dominance test were numerous and highly debated. In general, the said reasons may be divided into two large groups. The first group consists of reasons which are predominantly legal in nature, i.e. based on argumentation and remarks coming from competition lawyers, practitioners and public enforcers. On the other hand, in the other group are mainly economic reasons, addressing the economic drawbacks of the dominance test and the structural method of economic analysis inherent to the test.

* Stanovište izneta u ovom članku predstavljaju lični stav autora i ni na koji način se ne mogu smatrati zvaničnim stavovima advokatska kancelarija Karanović & Nikolić OD.

Views expressed in this paper represent the personal views of the author and do not necessarily reflect those of Karanović & Nikolić Law Office.

Regarding the impact of the new SIEC test in merger control in the EU, in practice, it is very difficult to determine the number of such cases at this still early stage, although some may be already identified.

However, it seems that the key significance of the introduction of the new test is still not that much in enforcement, as it is in the fact that it represents an explicit declaration of the intent to adopt most of the argumentation for reform of the substantive test, and a clear indication of future course of merger control on a European level.

In respect of Serbia, although the new SIEC test has been introduced in only but a short period following the European Commission, the impact of the test is rather small. Namely, in Serbia, the Competition Commission, in practice, still mostly applies the dominance test.

The present situation puts European-wide mergers caught by Serbian merger control provisions under the danger of being differently treated in Serbia in comparison to the EU. Therefore, it remains to be seen how and in what pace the Serbian Competition Commission will come in line with the new approach set out by the SIEC test and diminish the aforementioned risks.

Keywords: competition, dominance, Europe, merger control, reform, Serbia, SIEC test, SLC test, substantive test.

I Uvod

Nakon dvogodišnjeg perioda pripreme, Evropska komisija 1. maja 2004. godine usvojila je novu Regulativu o koncentracijama (eng. *EC Merger Regulation*) (u daljem tekstu: „**ECMR**“)¹ kojom se zamenjuje prethodna Regulativa o koncentracijama EU od 1990. godine (u daljem tekstu: „**Stara regulativa**“).² Najkontroverznije pitanje tokom perioda pripreme ECMR-a koje je bilo i predmet najintenzivnije debate je bilo usvajanje novog testa za ocenu dozvoljenosti koncentracija, odnosno testa postojanja značajnog ograničavanja, narušavanja ili sprečavanja konkurencije (eng. *Significant Impediment of Effective Competition test*), tzv. SIEC test. U Srbiji je 2005. godine donet Zakon o zaštiti konkurencije,³ koji je 2009. godine revidiran donošenjem novog Zakona o zaštiti konkurencije.⁴ Oba navedena zakonska akta predstavljaju potpunu recepciju evropskog prava konkurencije i stoga, oba su u potpunosti usvojila novi SIEC test iz ECMR-a.

Ovaj rad se bavi problematikom razloga za donošenje novog testa i pitanjem da li je ovaj test proizveo ikakve suštinske promene prilikom ocene koncentracija, i ako jeste, koje? Prvenstveno ću, u potrazi za odgovorom na navedenu problematiku, pristupiti uporedno pravnoj analizi prethodno postojećih testova u anglo-američkim i evropskim jurisdikcijama, kao najznačajnijim pravnim sistemima iz oblasti prava konkurencije. Nakon toga ću izvršiti pregled najznačajnijih razloga koji su bili navođeni prilikom isticanja zahteva za promenu Stare regulative i definisanja novog SIEC testa. Konačno, razmotriću dejstvo primene novog testa prilikom ocenjivanja dozvoljenosti koncentracija, posebno sa ekonomskog aspekta, koji je inače glavni prirodno pravni *ratio* prava konkurencije.

¹ Regulativa Evropske komisije br. 139/2004 od 20. januara 2004. godine (*Official Journal L 24, 29.01.2004*), dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:EN:NOT>

² Regulativa Evropske komisije br. 4064/09 od 21. decembra 1990. godine (*Official Journal L 395*), dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>

³ Zakon o zaštiti konkurencije (*Službeni glasnik RS, broj 79/2005*).

⁴ Zakon o zaštiti konkurencije (*Službeni glasnik RS, broj 51/2009*).

II Značaj i pregled postojećih supstantivnih testova

Supstantivni testovi, među koje spada i SIEC, su različiti testovi u pravu konkurencije koji se koriste kao osnovni kriterijum koji definiše obim ocene pravne dozvoljenosti određene koncentracije učesnika na tržištu u određenoj jurisdikciji (npr. Evropska unija, Sjedinjene Američke Države ili Srbija).

Najpre je neophodno objasniti generalni značaj supstantivnih testova, odnosno načina njihovog definisanja.

Naime, način na koji se regulišu supstantivni testovi ima presudan značaj prilikom ocene dozvoljenosti određene koncentracije. Supstantivni test propisuje obim i okvir u kojem je određeni državni organ nadležan za zaštitu konkurencije ovlašćen da ide prilikom ispitivanja dejstva i dozvoljenosti jedne koncentracije učesnika na tržištu. Ovo drugim rečima znači da jedna koncentracija može biti proglašena kao nedozvoljena isključivo iz razloga koji se mogu podvesti pod supstantivni test, odnosno da sve koncentracije, koje bi hipotetički mogle da, sa ekonomske tačke gledišta, imaju negativne posledice po konkurenciju, a koje se ne mogu podvesti pod kriterijume predviđene određenim supstantivnim testom moraju biti proglašene kao dozvoljene.⁵ *Vice versa*, u zavisnosti od definisanja testa, postoji takođe opasnost da državni organ nadležan za zaštitu konkurencije zabrani sprovođenje koncentracije na osnovu ispunjenosti kriterijuma predviđenih određenim supstantivnim testom, iako u stvarnosti predmetna koncentracija ne bi značajno ograničila, narušila ili sprečila konkurenciju na relevantnom tržištu ili bi čak imala i potpuno suprotno, pozitivno dejstvo po opštu dobrobit potrošača.⁶

Postoji više vrsta supstantivnih testova od kojih su, ne računajući novi SIEC test, najznačajniji sledeći:

⁵ Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, "The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control", *European Competition Journal*, Volume 2, Number 1, April 2006, str. 9

⁶ Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *nav. članak*, str. 11-12.

1. SLC test

Supstantivni test koji je u primeni u većini anglo-američkih jurisdikcija,⁷ od kojih su zasigurno, sa aspekta prava konkurencije, najznačajnije SAD, naziva se test suštinskog smanjenja konkurencije (eng. *Substantial Lessening of Competition test*), poznatiji kao *SLC test* ili *test konkurencije*.

SLC test je u kako pravnoj tako i ekonomskoj stručnoj javnosti⁸ izuzetno hvaljen zbog svoje fleksibilnosti prilikom ocene dozvoljenosti koncentracija. Ovo pogotovu, obzirom da test ostavlja mogućnost da postojanje bilo kojeg suštinskog odnosno značajnog smanjenja konkurencije može biti podložno oceni i eventualnom sankcionisanju, nevezano od toga da li to za isključivu posledicu ima stvaranje ili jačanje dominantnog položaja (kao što je to slučaj kod ranijeg evropskog testa, poznatijeg kao *test dominantnosti*). Naime, jedna koncentracija se smatra da bi mogla da dovede do suštinskog smanjenja konkurencije kada se može pretpostaviti da će doći do takvog smanjenja rivaliteta između konkurentnih učesnika na tržištu da bi to za posledicu imalo štetu po potrošače. Suština koncepta SLC testa je u komparaciji stanja i efekata po konkurenciju na relevantnom tržištu pre sprovođenja koncentracije u odnosu na hipotetičko stanje nakon sprovođenja koncentracije.⁹

Stoga, SLC omogućava kontrolu i onih koncentracija koje dovode do tzv. *unilateralnog efekta* (ili još poznat kao ne-koordinirani efekti)¹⁰ kao i upotrebu *prigovora efikasnosti*,¹¹ koja će oba biti kasnije objašnjena. Takođe, ovaj test je omogućio, naročito u SAD, primenu veoma značajnih novih metoda ekonomske analize,¹² prilikom ocene koncentracija, u komparaciji sa skoro rigidnom primenom strukturnog modela analize u Evropskoj uniji.

⁷ Test se koristi u SAD: S. 7 Clayton Act 15 USC 18; Australiji: S.50 Trade Practices Act 1974; odskora je usvojen i u Ujedinjenom Kraljevstvu: S.35 Enterprise Act 2002.

⁸ Alison Jones, Brenda Sufrin, *EC Competition Law – 2nd edition*, Oxford, 2004, str. 910-916.

⁹ Maher M. Dabbah, *EC and UK Competition Law*, Cambridge, 2004, str. 529.

¹⁰ Richard Whish, *Competition Law – 6th edition*, str. 852.

¹¹ Lars-Hendrik Röller and Miguel de la Mano, *nav. članak*, str. 9.

¹² Giorgio Monti, *The New Substantive Test in the EC Merger Regulation – Bridging the Gap Between Economics and Law*, dostupno na http://preprodpapers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153661&rec=1&srcabs=985509, str. 7.

2. Test dominantnosti

Drugi značajan supstantivni test koji je poznat u pravu konkurencije potiče iz prava Evropske unije i bio je regulisan Starom regulativom iz 1990. godine. Ovaj test je bio poznatiji i kao *test dominantnosti* i predviđao je zabranu:

„stvaranja ili jačanja dominantnog položaja koje za posledicu ima značajno narušavanje efikasne konkurencije na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom delu“.

Štaviše, nije bilo iznenađujuće što je Stara regulativa preuzela koncept dominantnog položaja u svom supstantivnom testu, obzirom da je ovaj pojam korišćen u članu 82. Rimskog sporazuma iz 1957. godine, kao i u članu 66(7) sad već isteklog Pariskog sporazuma o uglju i čeliku iz 1951. godine. Naime, u vreme kada je usvojena Stara regulativa već je bila razvijena razumna količina sudske prakse u vezi sa značenjem pojma dominantnosti u smislu člana 82. Rimskog sporazuma. Stoga, bilo je krajnje svrsishodno da se ova sudska praksa upotrebi prilikom primene tada tek usvojene Stare regulative, a radi kontrole koncentracija.¹³

Iako je u teoriji i praksi Evropske komisije i Evropskog suda pravde (u daljem tekstu: „ECP“) duže vreme vođena diskusija oko alternativnih tumačenja testa dominantnosti, sudovi EU¹⁴ su utvrdili da se test dominantnosti sastoji od dva kumulativna uslova koji nastupaju jedan za drugim.¹⁵ Naime, jedna koncentracija će se smatrati zabranjenom ako: (i) dovode do stvaranja ili jačanja dominantnog položaja kao i ako (ii) rezultat takve promene tržišne strukture bude imao za posledicu „značajno narušavanje efikasne konkurencije“ – odnosno SIEC. Drugim rečima postojanje dominantnosti je neophodan, ali nedovoljan uslov za zabranu određene koncentracije.¹⁶

¹³ Richard Whish, *nav. delo*, str. 852.

¹⁴ Pravosudni sistem Evropske unije se sastoji od Suda prve instance Evropskih zajednica i od Suda pravde Evropskih zajednica, za više informacija molim pogledajte na: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/nice_treaty/nice_treaty_legal_en.htm

¹⁵ Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *nav. članak delo*, str. 3.

¹⁶ Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *nav. članak*, str. 5-7.

Standardna definicija dominantnosti je bila postavljena u slučaju *United Brands v Commission*,¹⁷ gde je ECP utvrdio da: „*propisani (članom 82.) dominantni položaj predviđa položaj ekonomske snage koji uživa učesnik na tržištu, a koji mu omogućava da spreči održanje efektivne konkurencije na relevantnom tržištu time što ima moć da se ponaša u određenoj meri nezavisno od svojih konkurenata, kupaca i u krajnjoj liniji od svojih potrošača.*“ Navedena pravna definicija je, stoga, veoma bliska, ekonomskoj definiciji značajne tržišne snage koja pretpostavlja sposobnost uticaja na značajne parametre konkurencije, a pogotovu mogućnost profitabilnog i dugoročnog povećanja cena visoko iznad nivoa konkurenata. Stoga, proizlazi da dominantan učesnik na tržištu poseduje značajnu tržišnu snagu.¹⁸ Ovakvo shvatanje pojma dominantnosti je značajno za dalje razmatranje razloga za promenu testa.

Međutim, sam test dominantnosti je u Evropskoj uniji doveo do (i) skoro rigidne upotreba strukturne ekonomske analize koja zanemaruje ostale metode za ocenjivanje potencijalnih budućih efekata koncentracije po tržište kao i do (ii) zanemarivanja da se ispituju opšti efekti određene koncentracije, pogotovu po opštu dobrobit potrošača, za razliku od SAD.

¹⁷ Videti Case 27/76 *United Brands Co and United Brands Continental BV v Commission* [1978] 1 CMLR 429.

¹⁸ Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *nav. članak*, str. 3-4.

III Pojam novog SIEC testa

Novi supstantivni test za ocenu koncentracija koje mogu imati uticaja na jedinstveno tržište EU je definisan u član 2(3) ECMR-a i glasi:¹⁹

„Koncentracija koja bi značajno narušila efektivnu konkurenciju, naročito stvaranjem ili jačanjem dominantnog položaja na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom delu, biće proglašena kao nespojiva sa zajedničkim tržištem.“

Kao što sam ranije napomenuo, pozitivno srpsko pravo konkurencije predstavlja potpunu recepciju prava Evropske unije, odnosno u ovom slučaju navedene odredbe ECMR-a. Naime, oba srpska Zakona o zaštiti konkurencije su u potpunosti usvojila novi SIEC test, tako da možemo reći da je on u Srbiji zvanično u primeni od 2005. godine.

Stoga, naš pandan odredbi ECMR-a, član 19(1) (dozvoljenost koncentracija) novog srpskog Zakona o zaštiti konkurencije, koji je počeo da se primenjuje od 1. novembra 2009. godine²⁰ propisuje da:

„Koncentracije učesnika na tržištu su dozvoljene, osim ako bi značajno ograničile, narušile ili sprečile konkurenciju na tržištu Republike Srbije ili njegovom delu, a naročito ako bi to ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje bilo rezultat stvaranja ili jačanja dominantnog položaja.“

Kao što se vidi, novi SIEC test predviđa, da svaka koncentracija koja dovodi do bilo kakvog značajnog ograničavanja, narušavanja ili sprečavanja konkurencije će biti smatrana nedozvoljenom i sankcionisana u skladu sa zakonom, a ne samo ona koja vodi do stvaranja ili jačanja dominantnog položaja, odnosno ona koja je utvrđena primenom testa dominantnosti. Međutim, SIEC test, ostavlja mogućnost primene testa

¹⁹ Slobodan prevod sa engleskog na srpski, za originalni tekst na engleskom pogledajte Article 2(3) ECMR, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:EN:NOT>

²⁰ Zakona o zaštiti konkurencije (Službeni glasnik RS, broj 51/2009), čl. 19 (1).

dominantnosti kao *naročitog*, odnosno prioriternog kriterijuma prilikom utvrđivanja postojanja značajnog ograničavanja, narušavanja ili sprečavanja konkurencije. Razlozi za odabir ovakvog teksta prilikom propisivanja odredbi SIEC testa su objašnjeni u nastavku.

IV Razlozi za promenu i definisanje novog SIEC testa

Donošenju nove EMCR, kojom je usvojen SIEC test prethodila je velika diskusija o pravcima i razlozima za reformu supstantivnog testa. U osnovi, svi razlozi za reformu testa se mogu podeliti u dve velike grupe: prve, koji su pretežno pravni po svojoj prirodi, i druge koji su pretežno ekonomski, obzirom da su više usresređeni na ekonomsku analizu i efekte, a i da potiču uglavnom od ekonomista. Naglašavam da su razlozi pretežni, obzirom na činjenicu da, od svih grana prava, u pravu konkurencije je spoj ekonomije i prava najintenzivniji, te je, stoga, veoma nezahvalno praviti izričite distinkcije između ove dve oblasti.

1. Pretežno pravni razlozi

U ovu grupu razloga se mogu izdvojiti skoro svi „glavni“ razlozi isticali tokom postupka reforme, odnosno oni koji su javno bili deklarirani kao najznačajniji: (i) pitanje unilateralnih efekata i prigovora efikasnosti; (ii) odvajanje od pravne prakse nastale na osnovu člana 82.; (iii) pokušaj harmonizacije kontrole koncentracija na globalnom nivou.

Naime, (i) jedan od direktnih razloga za reformu testa dominantnosti je bilo pitanje njegove primene u slučaju postojanja unilateralnih efekata na oligopolističkom tržištu. Glavni slučaj koji je dao povoda za ovu argumentaciju bio je američki *Babyfoods*.²¹ Američka Federalna komisija za trgovinu (eng. *Federal Trade Commission*) (u daljem tekstu: „**FTC**“), jedno od tela nadležnih za zaštitu konkurencije u SAD, nije odobrilo koncentraciju između *Heinz Co*, američkog trećeg po redu proizvođača hrane za bebe (sa tržišnim udelom od okvirno 15 procenata), koji je želeo da stekne kontrolu nad društvom *Milnot Holding Corporation*, čije zavisno društvo, *Beech-Nut*, je bilo drugi najveći proizvođač hrane za bebe u SAD (sa tržišnim udelom od oko 17 procenata). Dakle, nakon koncentracije, novonastali učesnik na tržištu bi imao ukupno okvirno 33

²¹ *FTC v HJ Heinz Co* 16 F Supp 2d 2000.

procenta tržišnog udela, dok bi društvo *Gerber*, nedvosmisleno ostalo dominantni učesnik na tržištu sa 65 procenata. Stoga, navedena koncentracija sigurno ne bi dovela do stvaranja ili jačanja dominantnog položaja. Međutim, FTC opet nije odobrila ovu koncentraciju obzirom da je smatrala da bi ona dovela do značajnog smanjenja konkurencije (primena SLC testa) time što bi nakon koncentracije novonastali učesnik na tržištu unilateralno (bez bilo kakvog dogovora sa *Gerber*-om) mogao da podignu cene i uspori inovacije. Ovakva pojava se naziva unilateralni efekat ili još ne-koordinirani efekti na tržištu oligopolija.²² Stoga, bilo je tvrđeno,²³ da u istoj situaciji, Evropska komisija, primenom testa dominantnosti, ne bi imala izbora, nego da odobri koncentraciju, iako je bilo nedvosmisleno jasno da bi ona imala značajno loše efekte po konkurenciju. Drugim rečima, smatrano je da Stara regulativa sadrži pravnu prazninu (eng. *gap case*).

Takođe, u liniji ove argumentacije, i u obrnutoj situaciji, odnosno kada se koncentracijom dostiže neophodni minimalni prag od preko 40 procenata ili kada učesnik na tržištu koji je već dominantan (npr. poseduje preko 40 procenata tržišnog udela) namerava da stekne drugog učesnika na tržištu sa čak i veoma malim tržišnim udelom, Evropska komisija zauzela je, 1999. godine, stav da: „*stvaranjem dominantnog položaja...argumenti efikasnosti...ne mogu se uzeti u obzir prilikom ocene predmetne koncentracije.*“²⁴ Ovo, drugim rečima, znači da svaka koncentracija koja dovodi do promene u procentima učešća na tržištu iznad određenog procenta (npr. minimalnih 40%) se načelno ima smatrati zabranjenom i štetnom čak iako nastanak ili jačanje takvog dominantnog položaja stvara pozitivne efekte na tržištu i po potrošače. Na taj način je, zapravo, potpuno isključen prigovor efikasnosti kao značajno sredstvo prilikom procene koncentracija, koji je inače u upotrebi u SLC jurisdikcijama. Stoga, primenom Stare regulative, Evropska komisija je potencijalno sankcionisala i koncentracije koje nije trebalo, odnosno suprotno samom *ratio legis*-u prava konkurencije.

Drugi razlog za promenu, prepoznat od same Evropske komisije i velikog broja pravnika je bila (ii) potreba za prekidom veze koja je postojala između Stare regulative i

²² Alison Jones, Brenda Sufrin, *EC Competition Law – 3rd edition*, Oxford, 2008, str. 1006-1007.

²³ Giorgio Monti, *The New Substantive Test in the EC Merger Regulation – Bridging the Gap Between Economics and Law*, str. 3.

²⁴ European Commission, “Contribution to Efficiency Claims in Mergers and Other Horizontal Agreements”, *O.E.C.D./GD(96)65*, 1996.

člana 82. Rimskog sporazuma (postojanje zloupotrebe dominantnog položaja). Naime, određeni broj pravnika je iskazivao bojazan da bi trend širenja definicije dominantnog položaja u slučajevima kontrole koncentracija (u smislu ranije navedenog pojma značajne tržišne snage, a kako bi se obuhvatili i ranije navedeni tzv. slučajevi pravnih praznina) imalo za posledicu istovrsno širenje ove definicije u slučajevima zloupotrebe dominantnog položaja (gde se ovaj pojam mnogo restriktivnije tumači): *jer kako jednu istu pravnu definiciju u pravu konkurencije tumačiti u različitim situacijama različito?*²⁵ To bi za posledicu imalo uvođenje velike konfuzije i otvaranje vrata pravnoj nesigurnosti. Stoga, bilo je neophodno dovoljno čvrsto odvojiti kriterijume iz supstantivnog testa od slučajeva zloupotrebe dominantnog položaja, a da se pri tom sačuva preko deset godina uspešne prakse Evropske komisije i sudova EU u oblasti kontrole koncentracija, zasnovane na Staroj regulativi.

Na kraju, kao jedan od takođe značajnih ciljeva, navođena je potreba (iii) harmonizacije primene kontrole koncentracije na svetskom nivou, a pogotovu na relaciji SAD i EU. Ovo posebno ako se uzmu u obzir slučajevi poput *Babyfoods*-a, gde bi se desila situacija da ista koncentracija bude odobrena na američkom tržištu, a zabranjena u Evropskoj uniji. Međutim, u svojoj Zelenoj knjizi iz 2001. godine o reformi Stare regulative,²⁶ gde je razmatrano pitanje napuštanja testa dominantnosti radi usvajanja SLC testa, Evropska komisija je navela da nije sasvim uverena u ispravnost razloga harmonizacije delimično zbog moguće pravne nesigurnosti koju bi prelazak na SLC test proizveo na evropskom nivou (obzirom da su skoro sve evropske zemlje bile usvojile test dominantnosti) kao i zbog generalne nesigurnosti koju bi na nivou EU proizvelo potpuno napuštanje kriterijuma dominantnosti (uzimajući u obzir svu prethodnu praksu Evropske komisije i sudova EU). Stoga, bilo je neophodno naći neko srednje rešenje.

²⁵ Giorgio Monti, *The New Substantive Test in the EC Merger Regulation – Bridging the Gap Between Economics and Law*, str. 6

²⁶ Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89, (COM(2001) 745/6, final, 11.12.2001

2. Pretežno ekonomski razlozi

Identifikovana su i dva realna problema, po mišljenju ekonomista, koja postoje u vezi sa testom dominantnosti. Prvi se tiče primene novih metoda ekonomske analize prilikom kontrole koncentracija, dok se drugi odnosi na obim analize koja se vrši.²⁷

Naime, (i) *strukturna analiza* koja je inherentna testu dominantnosti je trpela kritike kako u SAD tako i EU. Strukturna analiza se zasniva na upotrebi određenih kriterijuma, koji se svi zasnivaju na određivanju *strukture* relevantnog tržišta, poput određivanja relevantnog tržišta, tržišnih udela, barijera za ulazak drugih učesnika na tržište, nedostatak kupovne moći (eng. *buyer power*) itd. (ovo su *exempli causa* kriterijumi definisani članom 82. Rimskog sporazuma). Strukturna analiza predstavlja tzv. *indirektan metod* za predviđanje, odnosno dokazivanje negativnih efekata po konkurenciju. Ona je indirektna zato što se sami efekti nikada ili veoma retko ispituju, već se analiza završava kada su zadovoljeni navedeni kriterijumi (npr. dostizanje praga od 40% udela na relevantnom tržištu). Pozitivna strana ove metode je što je relativno jednostavna za primenu, Evropska komisija i nacionalni organi za zaštitu konkurencije imaju bogatu praksu u njenoj primeni (što pomaže i učesnicima na tržištu u smislu racionalnih očekivanja koja koncentracija može doći pod lupu kontrole) i ona je donekle jeftin metod, koji ne zahteva puno sredstava i vremena. Međutim, negativna strana ovog metoda analize je što on zadovoljavajući se samo strukturnim kriterijumima može da previdi stvarne efekte određene koncentracije po tržište, odnosno da potceni ili preceni navedene efekte. Ovo, pogotovu, važi sa slučajevima unilateralnih efekata.

S druge strane, razvoj ekonomije u oblasti konkurencije, kao i ekonometrije sugerise promenu metoda kojima se ispituju potencijalni efekti koncentracije, sa indirektnih, na više direktnih metoda. Postoje tri zanimljiva pristupa koja treba napomenuti, odnosno tri nova metoda, koji takođe predstavljaju značajne razloge za reformu supstantivnog testa.

Prvi metod je tzv. *hipotetički test tržišne snage*, koji predviđa izračunavanje profitabilnosti određenog povećanja cena. Drugim rečima, pokušava da se utvrdi koliku dobit bi ostvario novonastali učesnik na tržištu nakon koncentracije, ako bi povećao svoje

²⁷ Giorgio Monti, The New Substantive Test in the EC Merger Regulation – Bridging the Gap Between Economics and Law, str. 6-10.

cene u određenom iznosu. Pravilo je da sve koncentracije koje bi omogućile da novonastali učesnik na tržištu profitabilno podigne cene između 5 do 10% bi trebalo zabraniti. Rezultat ove analize je nezavistan od definicije relevantnog tržišta i pojedinačnog udela novonastalog učesnika na tržištu (odnosno da li je npr. dostigao minimalni prag od 40%).

Drugi metod je upotreba tzv. *studija slučaja* (eng. *event studies*). Ovaj metod se zasniva na shvatanju da koncentracija koja je efikasna je nepovoljna po konkurente (u smislu da povećava konkurenciju na tržištu), dok koncentracija koja stvara značajnu tržišnu snagu je korisna za konkurente (u slučaju da i oni mogu da podignu svoje cene). Ovaj metod predlaže korišćenje i praćenje rezultata na berzi izazvanih najavom koncentracije, odnosno u slučaju da cene akcija konkurenata skoče, koncentracija je protivna konkurenciji, jer investitori predviđaju da će i konkurenti moći da podignu svoje cene čime i njihova vrednost na berzi skače i obrnuto. Ovaj metod, sam po sebi, ne bi bio dovoljan prilikom ocene koncentracija, ali može biti koristan za dokazivanje da negativni efekti određene koncentracije mogu da se ogledaju ne samo u mogućnosti jednostranog povećanja cena od strane novonastalog učesnika na tržištu već i u mogućnosti povećanja cena njegovih konkurenata.

Poslednji značajan metod su *simulacije koncentracija*. One se vrše uzimanjem u obzir cenovne funkcije i funkcije tražnje za relevantni proizvod. Nakon toga se dobijeni podaci koriste za izračunavanje cene koja bi bila postignuta koncentracijom dva ili više učesnika na tržištu.

Ovo su veoma sofisticirani metodi, koji zahtevaju mnogo više sredstava, vremena i obučenosti u odnosu na strukturni test. U suštini, sve mane i vrline strukturnog testa u ovom slučaju važe *vice versa*. Najbitnija prednost ovih metoda je što oni predviđaju realne efekte koncentracije na povećanje cena i smanjenje ponude bez prethodnog definisanja relevantnog tržišta i tržišnih udela.

Kad je u pitanju drugi pretežno ekonomski razlog, (ii) obim analize određene koncentracije, problem sa testom dominantnosti je što se on, u suštini, zasniva na predviđanju samo negativnih ekonomskih efekata po konkurenciju koje može da izazove novonastali učesnik na tržištu, zanemarujući procenjivanje potencijalnog ponašanja ostalih konkurenata. Kao što sam naveo kod studija slučaja, danas je sasvim evidentno da

negativne posledice koncentracije mogu da se izraze kako u ponašanju samog novonastalog učesnika na tržištu (jednostranim smanjenjem cena ili smanjenjem ponude) tako i ne-koordiniranim povećanjem cena od strane ostalih konkurenata. Naime, u slučaju da, nakon povećanja cene od strane novonastalog učesnika na tržištu, konkurenti nisu u stanju da povećaju svoj obim ponude zadržavajući istu cenu i time efikasno konkurišu novonastalom učesniku, i oni sami će biti navedeni da povećaju cene.

Stoga, suština problema sa testom dominantnosti je što on zanemaruje opšte efekte jedne koncentracije i može da dovede do potcenjivanja ili precenjivanja negativnih efekata takve koncentracije po konkurenciju.²⁸

3. Definisanje novog SIEC testa

Usled svega prethodno navedenog, i usled potrebe za jednoglasnim rešenjem na nivou EU (obzirom na različite i oprečne predloge država članica EU), konačni rezultat postupka reformi je bilo jedno klasično rešenje u duhu Evropske unije, jednostavno, a krajnje inteligentno. Naime, Evropski savet je odlučio da se tekst prethodnog testa dominantnosti tako preuredi da kriterijum postojanja ili jačanja dominantnog položaja umesto da bude preduslov, kao do sada, postane samo jedan od kriterijuma prilikom procene određene koncentracije. Na taj način uvedena je široka mogućnost primene svih metoda ekonomske analize, ekonomskih i pravnih razloga koji su postojali za uvođenje SLC testa, obzirom da je Evropska komisija sada ovlašćena da vrši kontrolu bilo koje koncentracije koja može da ima značajno negativne efekte po konkurenciju.

S druge strane, zadovoljen je i uslov očuvanja pravne sigurnosti i kontinuiteta sa prethodnom praksom Evropske komisije i sudova Evropske unije, obzirom da kriterijum dominantnosti nije izbrisan iz supstantivnog testa.

Stoga, usvajanjem novog SIEC testa, polje primene kontrole koncentracija u EU je značajno *prošireno*, a da nije usvojen SLC test.²⁹

²⁸ Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *nav. članak*, str. 9-12.

²⁹ Richard Whish, *nav. delo*, str. 855.

V Primena novog testa

U vezi sa pitanjem primene novog testa, ovde je korisno da se osvrnemo prvo na dejstvo novog testa na nivou Evropske unije, a onda, da ispitamo, da li je uopšte i kakav uticaj novi test imao u srpskom pravu konkurencije.

1. Primena u Evropskoj uniji

Obzirom na činjenicu da je EMCR doneta tek 2004. godine, odnosno da se novi test primenjuje nešto kraće od pet godina još uvek je rano da se da konačna ocena oko efekata njegove primene na nivou Evropske unije.

Prvo, evidentno je bilo još prilikom usvajanja novog SIEC testa, da se Evropska komisija udaljila od strukturnog pristupa i analize i počela da upotrebljava i druge metode analize koje su više bazirane na opštim efektima koncentracije.³⁰

Štaviše, u odlukama Evropske komisije, koje datiraju još iz tog vremena, reč „dominantnost“ je sve manje prisutna, osim u slučajevima kada je tržišni udeo učesnika na tržištu izuzetno visok (npr. preko 65%),³¹ stoga nije moguće dati tačnu procenu uticaja novog testa u ovakvim i sličnim slučajevima.

Drugo, postupak okretanja Evropske komisije ka usvajanu modela analize koji je više usmeren na opšte efekte će biti postepen i dugačak, jer je neophodno da svaki službenik Evropske komisije (eng. *case-handler*) koji obrađuje određeni predmet postane upoznat sa novim testom. Takođe, po rečima članova same Evropske komisije,³² za ovakvu analizu, sticanje više ekonomskih znanja će biti potrebno, a za to je neophodno vreme.

Dalje, ako se samo usredsredimo na pitanje pravnih praznina prilikom primene prethodnog testa, do sada u praksi Evropske komisije uočena su samo dva slučaja u kojima su postojale opasnosti po konkurenciju iako sama koncentracija ne bi proizvela dominantne učesnike na tržištu. Naime, prema zvaničnim podacima Evropske komisije,³³

³⁰ Case No. COMP/M.2533 – BP/EON; Case No. COMP/M.2389 – Shell/Dea.

³¹ Npr. Case No. COMP/M.4187 Metso/Aker Kvaerner; Case No. COMP/M.4000 Inco/Falconbridge.

³² Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *nav. članak*, str. 13.

³³ EC Annual Report on Competition Policy 2006, dostupno na:
http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2006/en.pdf, paras 16-17.

slučajevi *Linde/BOC*³⁴ i *T-Mobile Austria/tele.ring*³⁵ označeno su kao slučajevi pravnih praznina, odnosno čija efikasna kontrola je bila moguća tek na osnovu primene SIEC testa. Evropska komisija navodi da u oba slučaja su postojali potencijalni negativni efekti po konkurenciju iako novonastali učesnici na tržišni ne bi postali tržišni lideri (odnosno ne bi imali dominantni položaj).

Stoga, može se zaključiti da, u skladu sa značajnim pomacima u praksi Evropske komisije i pre uvođenja novog testa, sada je zasigurno omogućeno Evropskoj komisiji, da potpuno legitimno i otvoreno ispituje i sankcioniše koncentracije koje ne dovode do stvaranja ili jačanja dominantnog položaja, odnosno da umesto strukturnog pristupa primenjuje više različitih metoda i kriterijuma prilikom ocene koncentracija.

2. Stanje u Srbiji

Kao što sam već naveo, donošenjem sad već starog srpskog Zakona o zaštiti konkurencije 2005. godine (u daljem tekstu: „**Stari zakon**“), Srbija je ušla u red država koje su među prvima zvanično usvojile novi SIEC test.

Međutim, nažalost, praksa pokazuje da je ovo usvajanje novog testa ostalo samo na polju „zvaničnog“, odnosno deklarativnog. Naime, srpska Komisija za zaštitu konkurencije (u daljem tekstu: „**Komisija**“) je veoma mlada regulatorna agencija, uspostavljena tek Starim zakonom iz 2005. godine. Iako se iz njenih postupanja³⁶ može uočiti velika količina truda i dobrih namera da se uhvati korak sa evropskim nacionalnim organima za zaštitu konkurencije i Evropskom komisijom (od kojih neki imaju tradiciju dužu od 50 godina), naša Komisija još uvek boluje od tipičnih „dečijih bolesti“.

Naime, prilikom kontrole koncentracija u Srbiji, po mojim saznanjima, Komisija je u skoro svim slučajevima zapravo primenjivala test dominantnosti,³⁷ iako je po SIEC testu on, sada samo jedan od mogućih.

³⁴ Case No. COMP/M.4141 Linde/BOC.

³⁵ Case No. COMP/M.3916 T-Mobile Austria/tele.ring.

³⁶ Videti zvanične godišnje izveštaje o radu Komisije za zaštitu konkurencije, dostupne na: <http://www.kzk.org.yu/?link=106&lang=0>

³⁷ Npr. videti Uredbu o sadržini i načinu podnošenja prijave koncentracije (*Službeni glasnik RS, broj 89/2009*) i Uredbu o kriterijumima za određivanje relevantnog tržišta (*Službeni glasnik RS, broj 89/2009*), dostupne na: : <http://www.kzk.org.yu/?link=81&lang=0>

Štaviše, čini se da je učinjen veliki napor od strane Komisije i njene stručne službe da se upozna i nakon dosta lutanja obuči i barem krene da kvalitetno primenjuje kriterijume iz testa dominantnosti i strukturni metod analize, a bazirano na prethodnoj praksi Evropske komisije.

Međutim, skoro ni jedan slučaj, koji je meni poznat, nije ocenjivan primenom SIEC testa, odnosno gore navedenih kriterijuma i metoda ekonomske analize.³⁸

Ovo, ipak ne treba da čudi, obzirom da, kao što sam gore naveo, navedeno predstavlja za članove same Evropske komisije veliki napor i poduhvat, tako da *a maiore ad minus* nije moguće realno tako nešto očekivati od naše još veoma neiskusne Komisije.

S druge strane, neprimena navedenih metoda je u Srbiji donela već velike probleme u kontroli koncentracije, i potencijalno je ugrozila neke od ključnih transakcija i stranih ulaganja u Republici.³⁹ Takođe, stvorena je mogućnost, poput *Babyfoods-a*, da Evropska komisija, ili neki drugi evropski nacionalni organ za zaštitu konkurencije zabrani ili odobri koncentraciju, dok bi naša Komisija učinila obrnuto. Ovakvo postupanje bi moglo da ima značajno negativne posledice po namere Srbije da pristupi Evropskoj uniji, obzirom da je suština unije - jedinstveno tržište, na kojem moraju da postoje jednaka pravila i jednaki uslovi za sve učesnike na tržištu, pa i u smislu (ne)dozvoljenosti njihovih koncentracija.

VI Zaključak

Konačno, iz svega prethodno navedenog, jasno se vidi veliki značaj promene supstantivnog testa u EU. Ovo možda ne toliko još uvek na polju primene koliko na polju javnog deklarisanja namera i pravca daljeg razvoja i regulisanja koncentracija na prostoru Evropske unije. Naime, reforma testa predstavlja izričito uvažavanje svih navođenih (ili barem većine) razloga za promenu. Štaviše, ona je praćena već prethodnom promenom prakse Evropske komisije u kontroli koncentracija. Evropsku komisiju će slediti (i već

³⁸ Pogledati javno dostupne odluke Komisije za zaštitu konkurencije objavljene na <http://www.kzk.org.yu/?link=108&lang=0>

³⁹ Pogledati slučaj koncentracije Deutsche Lufthansa AG nad privrednim društvom Austrian Airlines AG, dostupno na <http://www.kzk.org.rs/download/odluke/lufthanza.pdf>.

slede) i nacionalni organi za zaštitu konkurencije država članica, kao što bi to trebalo da čine i zemlje koje imaju nameru da postanu članice, poput Srbije.

Ako se uzme u obzir da u ekonomijama koje su bazirane na slobodnom tržištu i tržišnoj utakmici jedna od glavnih brana od negativnih uticaja *laissez-faire* je regulisanje konkurencije na način da postoje „jednaka pravila igre za sve“, i činjenice da je jedan, ako ne i glavni stub Evropske unije jedinstveno tržište, značaj ovih promena u kontroli koncentracija je nemerljiv.

Na terenu Srbije, ostaje da se vidi kako će naša Komisija dalje postupati, sa nadom da će se sa najvećom mogućom brzinom usvajati dobra praksa EU, a u korist svih potrošača u Srbiji.